



A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil

Procedure overtaken by will: procedural agreements and the
principle of atypicality in civil enforcement

Fernanda Costa Vogt

Master's Degree Student at Rio de Janeiro State University

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A superação do dogma da tipicidade na execução civil; 3. O princípio da disponibilidade da execução: alguns acordos possíveis nos processos individuais; 3.1 O *pactum de non exequendo*; 3.2 O advento da assinatura eletrônica; 3.3 Da cartularidade à virtualidade dos títulos de crédito; 4. A profusão das medidas executivas atípicas e os seus limites; 5. Os acordos processuais como facilitadores da execução de litígios complexos; 5.1 Os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e a execução negociada; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente ensaio tem por objetivo descrever, ainda que brevemente, a atipicidade da execução civil em algumas de suas etapas, possibilitada, antes de qualquer coisa, por um modelo de flexibilização voluntária do procedimento. Observam-se, assim, alguns cenários possíveis de acordos executivos possíveis, e, ainda, a limitação e o direcionamento da flexibilização judicial pela pactuação anterior de

acordos e pela ponderação de proporcionalidade entre os bens jurídicos envolvidos. O estudo aborda uma série de contextos, desde a flexibilização do rol de títulos executivos ao gerenciamento dos meios executivos em geral em situações próprias do processo individual em que é discutida a relação creditícia entre partes, e, por último, mas não menos importante, de litígios coletivos complexos.

Abstract: This essay has the purpose to expose, although briefly, the atypicality in civil enforcement procedure and some of its phases, turned possible, before anything else, by the new model of voluntary flexibilization of the proceeding. There are, thus, some possible scenarios of viable agreements in civil enforcement and, even, the limits and directions imposed to judicial case management by the previous agreement itself and by the proportionality weighting between the legal interests involved. The study deals with a series of contexts, from the flexibilization of the list of enforceable titles to managerial techniques applied to enforcement procedure in special situations involving individual procedure which discusses credit relation between parties, and, also, last but not least, complex and collective suits.

Palavras-chaves: Execução civil – negócios jurídicos processuais – meios executivos atípicos – flexibilização do procedimento

Key-words: Civil enforcement – procedural agreements – atypical enforcement measures – case management

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, a execução de título executivo judicial poderia, em termos de eficácia, ser equiparada à de título judicial extrajudicial.¹ Ainda que, como se sabe, a primeira se inicie com base na decisão final de processo de conhecimento e a segunda, em documento de natureza extrajudicial, o arranjo de manifestações de vontade híbridas confere ao título extrajudicial eficácia executiva.

Ambos teriam aptidão para instaurar, respectivamente, o cumprimento de sentença e o processo de execução, que, apesar das diferenças que aqui não merecem ser destrinchadas, têm por escopo comum a satisfação do crédito do exequente.

Os cenários de execução dessas duas espécies de título executivo se complexificaram. O direito, ao lidar com problemas humanos, sofre impactos constantes das

1. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 95. SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 204-205.

novas formas de inteligência² e de organização das estruturas públicas e privadas, o que, inevitavelmente, passa a tingir de novos matizes as relações jurídicas.

Neste estudo, pretende-se pesquisar a viabilidade da instauração do processo executivo com limites mais flexíveis, a começar pelo título executivo extrajudicial, que, em tal contexto, poderia ser criado por negócio processual, chegando à atipicidade das medidas executivas em uma série de cenários, individuais e coletivos. Essa diretriz, hoje, dá o tom à execução como um todo.

Objetiva-se, assim, pesquisar a lógica da *execução negociada*, na perspectiva de um modelo de flexibilização voluntária do procedimento, conciliado também com o modelo de flexibilização judicial, embora o primeiro deva, como regra, em razão do princípio do autorregramento da vontade,³ prevalecer.

Os títulos executivos atípicos, resultantes de convenção das partes, são um bom exemplo disso. Mas também há outros acordos relevantes para a atipicidade na execução, com ênfase no próprio *pactum de non exequendo*, em acordos prevendo novas formas de assinatura para os documentos exequíveis e, de modo geral, na virtualidade dos títulos de crédito.

Na sequência, o estudo objetiva analisar os chamados processos estruturais, que, envolvendo litígios complexos e múltiplos centros de interesse, revelam que tanto o princípio do autorregramento da vontade como a diretriz mais ampla de flexibilização do procedimento merecem, também ali, especial atenção.

2. A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA TIPICIDADE NA EXECUÇÃO CIVIL

Na execução de título extrajudicial, sempre se compreendeu que o *quid* de consentimento do devedor seria inferido do procedimento anterior de formação do título (um processo administrativo, p.ex.), ou de expressa declaração de vontade contida no documento⁴.

2. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais Online. v. 995. set. 2018. pp. 2-5.
3. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 31-37.
4. Foi a discussão que acometeu os antigos contratos de empréstimo bancário, declarados ilíquidos por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 233), forçando os bancos a ajuizarem ação monitória para reaver seus créditos (arrastando o processo por diversos anos). Em razão desse óbice e em verdadeiro diálogo institucional (um *backlash* do Legislativo ao Judiciário, na verdade), foi criada a cédula de crédito bancário (CCB), título de crédito emitido em operações bancárias, consistindo em uma promessa de pagamento do emitente em favor da instituição financeira. Depois de ter a sua exigibilidade consagrada pelo art. 28 da Lei n. 10.931/2004, não gera mais dúvidas em relação aos valores devidos e cálculos apresentados pelos bancos.

Num primeiro olhar, o rol de títulos executivos extrajudiciais que estabelece o art. 784 do CPC de 2015 pareceria exaustivo, assim como o elenco de títulos judiciais, consignado no art. 515. Atraindo interpretação restritiva, seria até possível crer, nesse momento inicial, que o princípio da taxatividade seria inafastável.

Mas a verdade é que tem sido cada vez mais difícil acreditar que aquele rol seja *numerus apertus*. Essa descrença normalmente vem justificada no fato de que o ordenamento possui um sem-número de leis esparsas que, nos termos do próprio art. 784, XII do CPC, podem emprestar eficácia executiva a documentos dos mais variados. Tal constatação, embora real, não dá conta, sozinha, do problema em sua totalidade, permanecendo vinculada a características tradicionalmente pensadas numa estrutura estática e formal para os títulos executivos, atrelada ao dogma da *tipicidade*.⁵

Na verdade, a quase incalculável quantidade de tipos legais é apenas um primeiro indício da virada no formalismo impregnado à execução desses documentos.⁶ Deve-se mencionar também a ampla possibilidade de criação de títulos executivos por acordo, em franca superação do tradicional brocardo *nulla titulus sine lege*.

Com o tempo, a vontade passou a se manifestar não apenas no momento de iniciar a execução, mas, progressivamente, durante o seu itinerário, à diferença da rigidez procedimental que sempre se supôs.

Semelhante raciocínio tem sido empregado no campo das medidas executivas ainda com maior facilidade. É tranquila a visão de que a atipicidade tem, de forma definitiva, tomado o lugar da tipicidade. São claros os gatilhos normativos dos artigos 139, IV e 536, que não restringem à lei as possíveis medidas coercitivas, indutivas e sub-rogatórias a serem empregadas. O fenômeno se explica na diretriz de flexibilização do procedimento – judicial e voluntária⁷ –, que não se resume ao processo de conhecimento, expandindo-se para o processo executivo.

Além disso, a partir do momento em que os art. 190 e 200 do CPC passaram a figurar como verdadeiras cláusulas gerais de flexibilização voluntária do procedimento, tornou-se evidente que a execução, campo em que direitos disponíveis prevalecem por excelência, poderia ter o seu procedimento também flexibilizado por vontade das partes.

Subjacente à antiga compreensão de tipicidade, sempre esteve a valorização da forma: apenas os títulos e as medidas executivas compatíveis com desenho pré-

5. Admitindo a atipicidade dos meios executivos, mas se mantendo fieis à legalidade como fundamento para o título: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 710.
6. LUCCA, Newton de. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Processo*. v. 60. abr.-jun. 2019. p. 5.
7. Sobre os modelos (legal, judicial, voluntária) de flexibilização procedimental: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 314-316.

determinado poderiam ter eficácia na execução. No caso dos títulos, qualquer hipótese que fugisse aos modelos contidos na lei comprometeria, em tese, a segurança jurídica promovida pelas formas⁸ e, por consequência, o juízo de certeza acerca da obrigação ali veiculada.⁹ Cândido Rangel Dinamarco já questionava esse grau de certeza, que, na verdade, seria, em suas palavras, apenas uma “boa probabilidade”.¹⁰

Mas a estabilidade do título reduz-se, nas palavras de Araken de Assis, “de modo dramático” a partir do momento em que o executado opõe embargos à execução, considerada a amplitude de exceções previstas no art. 917.¹¹ Isso significa que também o conteúdo da obrigação documentada pode ser modificado - mais uma evidência de que os contornos desse documento estão cada vez mais flexíveis e gerenciáveis.¹²

Não é para menos. Além dos gatilhos normativos, há ainda outros fatores pertinentes ao mundo da vida que apontam para a mudança. Basta ver, por exemplo, a interferência vertical da tecnologia nas relações humanas, uma das principais evidências da superação do ranço formalista das relações jurídicas em geral.¹³

3. O PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DA EXECUÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO: ALGUNS ACORDOS POSSÍVEIS

O aceno para a disponibilidade da execução e para a ruptura com o princípio da tipicidade está no próprio sistema do CPC.

O art. 190, combinado com o art. 200, configura verdadeira cláusula geral de negociação processual, permitindo que as partes não só disponham sobre as situações jurídicas processuais (acordos obrigacionais), mas também promovam modificações no próprio procedimento (acordos dispositivos).¹⁴

8. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 67.

9. Mas, como explica Marcos Youji Minami, embora seguir o procedimento regulado seja, inclusive, uma forma de assegurar a imparcialidade do juiz, “esse detalhamento nem sempre é suficiente ou possível”. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 53.

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros. 7. ed., 2000, p. 114.

11. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 248.

12. E evidência também de que há cognição na execução, como amplamente abordado por SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

13. Já, no final do século passado, reconhecendo o mundo cibernético como responsável pelo enquadramento de uma “terceira dimensão” à realidade das relações sociais: COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 5. 1999. pp. 2-4.

14. Tanto os “acordos dispositivos” como os “acordos obrigacionais” serão vistos nesse estudo: “Na tradição doutrinária germânica, é comum a classificação que divide os acordos processuais em dois grupos: aqueles que impactam o rito processual, chamados de “acordos de disposição” ou “acordos dispositivos” (*Verfügungsverträge*), e os que possuem efeitos abdicativos, chamados “acordos obrigacionais” ou “acordos de obrigação” (*Verpflichtungsverträge*). CABRAL, Antonio do Passo.

As duas espécies de acordos serão vistas nos exemplos aqui trazidos: não apenas as situações jurídicas titularizadas pelas partes no processo executivo podem ser modificadas, mas as normas que disciplinam o procedimento da execução ou do cumprimento de sentença. Embora a segunda espécie, dos acordos dispositivos, pareça intuitivamente mais presente, veremos exemplos em que a parte deixará de adotar determinado comportamento em razão do acordo, sendo o mais claro deles o *pactum de non exequendo*.

Pois bem. Por ostentar natureza de cláusula geral,¹⁵ a atipicidade das convenções processuais espalha-se por todo o ordenamento jurídico, não havendo dúvida de que incide também sobre a possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos na execução, e não apenas no processo de conhecimento.¹⁶

Na verdade, a execução é, curiosamente, o ambiente mais propício para a celebração de acordos.¹⁷ Se, por um lado, concebida no pensamento tradicional como o campo de maior truculência da atividade do Estado, é, por outro, o ambiente em que o poder de império manifestado nas prerrogativas da *executio* e da *coertio* exige maior aproximação do direito material das partes, abrindo, por conseguinte, um extenso leque de situações subjetivas à sua disposição.

Convenções processuais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 79. Discordando da divisão, PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 231-234.

15. “As cláusulas gerais funcionam como *instrumentos de adaptação* dos efeitos jurídicos aos fatos jurídicos concretos naquelas normas cujos valores são identificados de maneira genérica”. ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 434. Cf. também DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n. 2. 2010. Disponível em: <www.riedpa.com>. Acessado em: 22 ago. 2018. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. pp. 131-132: “Um enunciado é *geral* quando diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção. (...) Assim sendo, só se poderá conotar o adjetivo <<geral>> às cláusulas gerais se, por este, se estiver compreendendo que estas permitem, em razão da extensão do seu campo previsivo-estatutivo, uma regulação geral de condutas, ao modo de ensejar o tratamento em conjunto de um determinado domínio de casos”.
16. “É realmente muito difícil conceber um argumento que justifique a proibição de criação de títulos executivos por deliberação negocial, à luz do CPC-2015. Mesmo o art. 784, XII, CPC, que considera título executivo aqueles a que a lei, por disposição expressa, atribuir força executiva, precisa ser compreendido à luz do sistema do próprio Código: o art. 190 pode ser considerado uma fonte de autorização para a criação de outros títulos executivos”. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5: Execução. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 262. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*. v. 275. jan. 2018. v. eletrônica. p. 3.
17. Situando o problema na busca por uma ponte de equilíbrio entre publicismo e privatismo, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Op. cit.* p. 4.

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade constrói, nesse sentido, uma diretriz de empoderamento dos sujeitos, mesmo em situações tradicionalmente monopolizadas pelo Estado-juiz.¹⁸

3.1. O *pactum de non exequendo*

Na visão do exequente como “senhor” da execução,¹⁹ que, à diferença do processo de conhecimento, teria “desfecho único” em favor do credor (a satisfação da obrigação),²⁰ seria, em princípio, mais fácil imaginar a disponibilidade na perspectiva favorável à celebração de negócios processuais *unilaterais*. Além da desistência de medidas executivas específicas, talvez o exemplo mais intuitivo seja o *pactum de non exequendo*, manifestação específica do *pactum de non petendo*, pelo qual o credor, na posse de título executivo, compromete-se a não o executar (acordo obrigacional). Trata-se da exclusão, por ato de vontade, da pretensão executiva,²¹ o que se pode dizer que, para todos os efeitos, equivaleria à supressão da eficácia executiva do título.

No plano material, todavia, a dívida continua a existir, o que diferencia essa hipótese da lógica das obrigações naturais. O título ainda pode ser protestado e o devedor pode ser inscrito no cadastro de inadimplentes. Restam, portanto, outras formas para exigir o cumprimento, externas ao Judiciário.²² No plano material, ainda há débito (*Schuld*) e ainda há responsabilidade (*Haftung*).

18. DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Op. cit.

19. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Op. cit. p. 3.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. Op. cit. p. 363.

21. Observa-se a produção de efeitos tanto processuais como extraprocessuais resultantes da celebração do pacto, mas não por isso haveria a confusão entre a renúncia do crédito e a renúncia à pretensão, que se perfaz pelo *pactum de non petendo* e, mais especificamente, pelo pacto de *non exequendo*. COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 426-427.

22. “Ed invero, viene qui in rilievo l’osservazione per cui il creditore non perde la possibilità astratta di azionare la pretesa, dal momento che il convenuto avrà poi l’onere di paralizzare l’azione mediante l’exceptio pacti. (...) Del resto, può ricondursi nell’ambito degli effetti dei negozi giuridici processuali – tra i quali sembra così di doversi ricomprendere anche i patti d’onore – l’idoneità ad escludere non già la tutela nella sua accezione astratta, ma bensì la proponibilità della domanda in sede processuale. Impropionibilità che dovrà essere dichiarata in seguito all’eccezione sollevata dal convenuto. In questa logica, ben si comprende come all’autonomia privata possa essere consentito di spingersi sino a configurare in negativo la stessa tutela giurisdizionale, al fine di mantenere il rapporto sottostante esclusivamente nell’ambito sociale, soltanto mediante un negozio che possa dispiegare i propri effetti di fronte al giudice se opposto, ma non con l’esclusione automatica della coercibilità in astratto. Specificamente, lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione processuale.” Além disso, a autora conclui que, por reservar seus efeitos ao âmbito processual, não forçaria a divisão entre a combinação débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), mais um ponto que extrema o *pactum de non exequendo* das obrigações naturais. ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale di*

Se até mesmo o ajuizamento ou não da ação executiva se situa numa esfera de disponibilidade, acordos que versem determinados aspectos do processo de execução ou o seu ponto inaugural – a exigibilidade de determinado documento – podem ser convencionados de forma diversa daquela constante dos tipos legais.

Em outras palavras, existem cláusulas negociais que podem determinar a inadmissibilidade de uma situação jurídica processual, como são os exemplos de acordos que promovem a renúncia a determinada pretensão. São eles a promessa de não postular²³ e a promessa de não processar (*pactum de non petendo*)²⁴, autorizando a *não admissão* de determinado ato postulatório ou da demanda.²⁵

Adapta-se o raciocínio para pensar não só um eventual pacto de *non exequendo*, mas outras convenções que impactassem a *admissibilidade* de atos do procedimento executivo. Há, por exemplo, a possibilidade de exclusão *ex ante* da realização de atos específicos de expropriação. Ou simplesmente pactuam as partes, desde logo, que não haverá penhora no rosto dos autos, ou que determinado bem será excluído do elenco de bens penhoráveis – negócio processual executivo que está longe de ser novidade, conhecido como “pacto de impenhorabilidade” (a teor do art. 833, I do CPC, alguns bens são declarados, por ato de vontade, não sujeitos à execução).²⁶

Assim, essa predeterminação pode vincular, a depender do objeto do acordo, o juízo de admissibilidade da demanda executiva pelo juiz e a admissibilidade de determinados mecanismos executivos. No caso da convenção que estabelece eficácia executiva para um documento atípico, é claro que o juiz ainda poderá constatar a falta de outros pressupostos processuais a inadmitir a demanda executiva, a exemplo da ausência de interesse de agir ou da incompetência. Mas o princípio do título – requisito inafastável para a instauração da execução civil – estará preenchido.

contratto nella scienza giuridica europea. Dottorato di ricerca, Università degli Studi di Cagliari, 2014/2015, pp.102-103.

23. TRIGO, Alberto Lucas de Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo* parcial. Revista de Processo. v. 280. jun. 2018. v. eletrônica. p. 3.
24. COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *Op. cit.* p. 411.
25. Pode-se citar o exemplo de uma cláusula que cause o vencimento antecipado da dívida de uma cédula de crédito bancário na hipótese de o emitente da cédula (devedor) ajuizar uma ação judicial questionando a CCB em qualquer aspecto. Na prática, os efeitos financeiros devastadores do vencimento antecipado funcionariam como um desincentivo para questionamento judicial da sua dívida pelo devedor, de forma análoga a um *pactum de non petendo*.
26. “A parte final do inciso I do art. 833 do CPC – que no particular é idêntico ao CPC/1973 – expressamente consagra a possibilidade de uma impenhorabilidade decorrente de ato de vontade. O pacto de impenhorabilidade sempre foi permitido: credor e devedor acordam no sentido de que eventual execução não poderá recair sobre determinado bem. Trata-se, aliás, de negócio jurídico processual típico. A impenhorabilidade, nesse caso, fundamenta-se na autonomia da vontade, dimensão do direito fundamental à liberdade. Não é estranha, então, a possibilidade de negócio jurídico sobre a penhorabilidade.” DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Op. cit.* p. 11.

3.2. O advento da assinatura eletrônica

Além dos dispositivos já mencionados, o art. 784, III do CPC admite que qualquer documento assinado por duas testemunhas possa servir como título executivo extrajudicial. A amplitude dessa dicção é especialmente evidente no mundo da assinatura eletrônica, principalmente a partir do momento em que a Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 estabeleceu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), “para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”.²⁷

Se, de um lado, a assinatura eletrônica abrevia distâncias, do outro reforça os critérios de segurança na certificação dos documentos, os quais, nesse contexto, podem ser ponderados consensualmente pelas partes. Paradigmática, no ponto, foi a recente decisão do STJ no REsp 1.495.920, que flexibilizou de uma vez por todas as exigências para a assinatura do título executivo.²⁸

Com efeito, em semelhante contexto, há fundamental preocupação com a segurança jurídica em sua dimensão *estática* ou *atemporal*, consistente na capacidade de conhecimento de determinados conteúdos jurídicos e sua respectiva possibilidade de controle intersubjetivo, o que Humberto Ávila qualifica como *cognoscibilidade*, expressão que busca conciliar a clareza ou inteligibilidade do conteúdo – determinabilidade (*Bestimmtheit*) – e a sua acessibilidade.²⁹

A cognoscibilidade está garantida quando as partes podem ter um juízo de certeza mais claro e acessível, assegurado pelo advento da certificação digital e, até mesmo, pela criptografia de ponta a ponta nos casos em que desejado o sigilo das informações.

Há, assim, consideráveis pistas de que o título executivo (ou sua eficácia) poderia também, ele mesmo, ser objeto de acordo. A convenção das partes pode, da mesma forma, elevar determinado documento que a princípio não atenderia aos requisitos legais em seu sentido mais restrito (a assinatura por “duas testemunhas” p.ex.) à condição de documento exequível em juízo.

3.3. Da cartularidade à virtualidade dos títulos de crédito

A jurisprudência dos tribunais superiores ainda se mostra excessivamente refratária à flexibilização da forma dos títulos de crédito e dos contratos, o que, como é evidente, repercute na execução desses documentos. Normalmente se exige,

27. Art. 1º da MP n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001.

28. STJ – Resp 1.495.920 – DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 15/05/2018.

29. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 123.

por exemplo, a juntada do original do título executivo, não sendo admitida a mera apresentação de cópias, com fundamento no risco de endosso ou de cessão prévia do crédito.³⁰

É claro que em semelhante imposição há a preocupação com a segurança jurídica antes que o Estado autorize a invasão, por vezes severa, do patrimônio do executado. Mas há, hoje, registradoras virtuais, a exemplo da B3, uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro, ou da CERC, que oferece alternativas para a gestão de recebíveis, que podem suprir esse requisito da segurança.

Heitor Sica acredita que a relevância dada à cartularidade dos títulos de crédito induziria ao rigor formal também dos títulos executivos extrajudiciais neles fundados.³¹ Mas é tendência inegável que a tradição de emprestar valor a documentos físicos tem perdido a razão de ser quando as relações creditícias são cada vez mais voláteis, muitas delas celebradas unicamente no mundo virtual.³² Nada há de errado nisso: também a funcionalidade favorece relações jurídicas estabelecidas pela via cibernética, que, ao abreviar tempo e distância, amplia as possibilidades de interação.

Passa a ser necessário levar também em consideração a perspectiva da eficiência (art. 8º do CPC), da funcionalidade desses novos mecanismos, e não só da segurança jurídica pura, restrita ao “formulismo”,³³ valor desmedido e quase artificial prestado às formas.

Silvânio Covas sustenta a existência de um ambiente inteiramente novo, que não pode ser desconsiderado no contexto dos acordos na execução. É o que chama de “ciberespaço”, “um desdobramento da vida em terceira dimensão, onde é possível realizar todos os objetivos, seja no campo da fantasia, das comunicações, da arte, dos ensaios técnicos e científicos, etc.”³⁴

A celebração de contratos eletrônicos no ciberespaço torna-se mais segura quando há claras declarações de vontade das partes aderindo à sua disciplina e modulando o seu respectivo cumprimento em juízo.

30. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 224.

31. SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. *Op. cit.* p. 188.

32. A expressão “contratos online” não exaure a totalidade dos fenômenos. Silvânio Covas chama atenção para o fato de que os contratos podem ser celebrados *offline* utilizando-se, porém, de métodos informatizados. COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. *Contratação por meio de informática*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 5. mai-ago. 1999. versão eletrônica. p. 2.

33. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 16. SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*. v. 97. n. 4. mar. 1977. p. 547.

34. COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. *Contratação por meio de informática*. *Revista de Direito Bancário*. v. 5. mai-ago. 1999. v. eletrônico. p. 2.

4. A PROFUSÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: ALGUNS LIMITES

Num mundo em que as relações humanas se transmutam, a inovação, no processo judicial, começa no processo eletrônico em si (arts. 193-199 do CPC) e avança para o uso de diferentes *designs* nos atos de comunicação processual (não por acaso, o art. 246, V do CPC contempla a citação por meio eletrônico, até mesmo por rede social) e, inclusive, para os atos de constrição patrimonial, com a tão famosa penhora *online* através do sistema BACENJUD, que tem apresentado bons resultados.

Constatada a maleabilidade desses mecanismos, mesmo quando a lei assim não previsse, sua utilização poderia ser avançada entre as partes.

O argumento contrário à segurança jurídica, mais uma vez, deixa a cena porque nada haveria de mais seguro que a possibilidade de os próprios sujeitos parciais mapearem suas condutas, derogando a norma de procedimento aplicável *prima facie* em prol de meios executivos que as próprias partes (credor e devedor) reputeem mais adequados à sua realidade.³⁵

Mas há ainda outros cenários relevantes. A atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, art. 536 do CPC) permite pensar a pertinência de meios executivos mais próximos das relações jurídicas deduzidas em juízo, meios coercitivos virtuais por exemplo, suscitados pelo órgão executor com base em um juízo de eficiência. Essa é uma outra faceta da flexibilização do procedimento, pelas mãos do órgão judicial ou, mesmo, de eventual agente de execução.³⁶

Para além dos casos polêmicos de retenção de passaporte e de CNH, há uma gama de outras possibilidades compatíveis com o perfil apresentado pelo devedor. A retirada do ar da página da web de uma grande de empresa que dela depende para suas transações regulares não poderia ser medida de coerção para constrangê-la a cumprir determinada prestação? Ou, ainda, a inviabilização de que o devedor negocie ativos numa plataforma *online*, como a XP Investimentos, sendo bloqueado o seu acesso digital até que cumpra a obrigação.

35. “Since the litigants, and not the court, can best represent their interests, allowing them to agree on the procedures that will apply during trial can reduce their costs, lower their risks, and guarantee a fair outcome.”. KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the Litigation Game: An *Ex Ante* Perspective on Contractualized Procedures. *Texas Law Review*. v. 91. pp. 1475-1476. “In the *ex ante* world, both parties are uncertain about the kind of suit they will face and what position (plaintiff or defendant) they will occupy. As a result, they take expectations over all future states of the world, and if the benefits and burdens cancel out in expectation, the parties have incentives to make a procedural choice that reduces joint litigation costs.” BONE, Robert G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. *Texas Law Review*. v. 90. 2012. pp. 1340-1341.

36. A figura do agente de execução é de especial relevância quando o juízo percebe que determinado ente, por vezes privado, é melhor capacitado (*expertise*) para a consecução de determinados atos materiais, delegando a esse sujeito a competência especificamente para a condução desses atos.

Essas consequências poderiam, inclusive, estar previstas em cláusula contida no contrato a ser executado em juízo. E essa específica cláusula seria, claramente, uma convenção processual *ex ante*.

As medidas coercitivas são menos invasivas que as sub-rogatórias, pois reservam o cumprimento da prestação a ato de vontade do executado, ainda que sob pressão. Mas são também mais suscetíveis à criatividade do juiz e das partes, principalmente nos casos de obrigação de fazer.³⁷

Quais seriam, porém, os limites para essa criatividade? Acreditamos que, no ponto, a discricionariedade do juiz para a escolha de determinada medida deve encontrar balizas nas escolhas já feitas pelas partes. Afinal, se o próprio exequente, o maior interessado no sucesso da execução, priorizou ou restringiu determinados meios, não há qualquer razão superior que autorize investidas do órgão jurisdicional a suplantarem esses limites. Portanto, a flexibilização judicial seria restringida pela vontade das partes, considerando, mais uma vez, que o exequente é o maior interessado na satisfação da obrigação, mas pode nem sempre estar interessado na imposição de meios mais severos, que comprometeriam e causariam inconvenientes a outras relações suas, externas ao processo.

Nesse sentido, a convenção processual poderia limitar a amplitude de medidas executivas atípicas a serem utilizadas pelo juiz.³⁸ Mas, de outro lado, também seria possível que fosse convencionada a prioridade dos meios atípicos em relação aos meios tipicamente previstos,³⁹ ou simplesmente estabelecido que determinada medida de coerção, ou mesmo de sub-rogação, será preferida às demais.

Seja como for, é fundamental que a tutela executiva seja conformada ao *comportamento humano*.⁴⁰ Num contexto de (i) progressiva valorização da vontade no desenho do processo jurisdicional e (ii) influência de novas tecnologias e recursos na forma de agir e de pensar, é consequência lógica que esses fatores venham também a influenciar, e mesmo condicionar, a execução.

Nesses múltiplos cenários, que se alastram por todo o processo, a influência da tecnologia e da “contratualização” sobre o procedimento nada é além de espelho do

37. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 127.

38. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. v. 267. mai. 2017. p. 21. Diferentemente dos autores, não acreditamos que na hipótese deva o juiz ser parte da convenção. Primeiro porque destituído de “capacidade negocial”, segundo porque não estariam as partes dispostas de qualquer prerrogativa exclusiva do órgão julgador. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 250-255.

39. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Op. cit.* pp.23-24.

40. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible*: uma introdução às medidas executivas atípicas. *Op. cit.* p. 65.

que vem ocorrendo no mundo da vida. Quase todos os dias, nos mais simples afazeres cotidianos, nos vinculamos a contratos de adesão virtuais ao concordarmos com “os termos de uso” de determinado aplicativo ou programa.

Essa liquidez das relações contratuais, por óbvio, altera a sua forma de celebração e, como consequência, interfere na judicialização das questões que lhe dizem respeito e, mais tarde, na execução forçada das prestações pactuadas.⁴¹ O maior exemplo dessa liquidez são as *fintechs* e *startups*, empresas que oferecem serviços – financeiros no caso das *fintechs* – facilitados principalmente pela possibilidade de celebração de relações jurídicas exclusivamente no mundo virtual. É evidente, portanto, que, em caso de inadimplemento de obrigações pactuadas entre pessoas físicas ou jurídicas e essas entidades, a execução civil se beneficiará de medidas atípicas variadas, mas que, fundamentalmente, atuem no ambiente virtual.

4.1. A proporcionalidade na determinação de medidas atípicas

O art. 805 do CPC estabelece a necessidade de que a medida executiva atenda ao princípio da execução menos gravosa para o executado. Para além do princípio do resultado ou da efetividade, que encontra seu clímax na satisfação da obrigação, a efetividade da execução não autoriza que a esfera de direitos do executado possa ser atingida de forma desmedida. Trata-se de um juízo de proporcionalidade dos meios executivos.⁴²

A medida escolhida deve estar compatível com o postulado da proporcionalidade, especialmente com o subprincípio da *necessidade*. Passando pelo teste de adequação, considerado *adequado* o meio ao fim almejado (a satisfação da obrigação), excluem-se aqueles que forem desnecessários, ou seja, que não forem os menos onerosos entre os meios possíveis, devendo ser inadmitidos. A *ratio* do art. 805 do CPC segue, exatamente, a *ratio* do exame de proporcionalidade. Ao referir-se aos diversos meios pelos quais possa o exequente promover a execução, nada faz além de afirmar que, havendo vários meios adequados, o juiz deve determinar “que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Deve, portanto, escolher entre eles o meio necessário.

O caso do WhatsApp foi emblemático na discussão acerca da proporcionalidade das medidas executivas. É verdade que, como se tem concluído nos casos de retenção de CNH e de passaporte, o caso concreto diz muito, havendo a necessidade de ponderação entre os bens jurídico envolvidos.

41. Não se trata, como explica Silvano Covas, de uma modalidade contratual específica, mas dos mesmos contratos usuais agora implementados pela informatização. COVAS, Silvano. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Op. cit.* p. 2.

42. Cf. MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas.* *Op. cit.* pp. 67-75; TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal.* v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 380-387.

O caso, em dezembro de 2015, teve desdobramentos massivos quando um juiz de uma das Varas Estaduais de São Paulo determinou a suspensão do funcionamento do aplicativo em toda a rede nacional. A medida pretendia fazer frente à recusa do administrador do WhatsApp em fornecer informações sobre a troca de mensagens entre indiciados em processo penal que investigava o cometimento concursal de crimes de tráfico de drogas.⁴³

Instaurou-se intenso debate público acerca da proporcionalidade da medida. Há quem defenda que sua determinação seria incompatível com o art. 805 do CPC e com o postulado da proporcionalidade das medidas executivas. Além de tudo, a medida, em aparente abstração do caso concreto, não leva à consequência que se deseja: compelir o devedor a pagar. Essa, na verdade, é a lógica das medidas coercitivas, que, em busca do cumprimento da obrigação, atingem bens da vida alheios à prestação imediatamente almejada.

No caso do WhatsApp, há quem afirme que a obstaculização da prestação do serviço e o impacto à esfera jurídica dos milhões de usuários tornariam a medida desproporcional, porque desarrazoada a supressão da acessibilidade a todos os usuários pela necessidade de fornecimento de informações em um processo específico, que, por mais relevante, impacta um espectro menos abrangente de esferas jurídicas.⁴⁴

Há quem afirme que a título de *punição* a tirada do aplicativo do ar poderia ser cogitada. O art. 12, inciso III da Lei n. 12.965/2014, o “Marco Civil da Internet”, prevê a suspensão das atividades do art. 11, ou seja, de “qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet”.

Quando aplicada como medida executiva indireta, a situação de fundo seria, a princípio, diversa da hipótese de incidência do art. 12 da Lei n. 12.965/2014. Já nessa segunda situação, seria o caso de cominar uma *sanção* pelo descumprimento do dever de dar cumprimento à determinação judicial pelo fornecimento de dados?⁴⁵

Não se trata de medida absolutamente impensável. Poderia vir a ser cogitada a depender da gravidade da prestação descumprida. Por isso, o escrutínio na ponderação de bens jurídicos, a ser realizada pelo magistrado, é fundamental. Mas é evidente

43. Resenhando o caso e explicando a aplicabilidade dos meios coercitivos até mesmo ao processo penal, TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 380.

44. MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 67.

45. Na defesa dos aspectos positivos da execução como sanção, embora não seja uma sanção no sentido de sanção civil, de direito material, mas sanção executiva, que teria a propriedade de impor determinados resultados práticos, MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 75.

que qualquer um desses cenários se torna mais simples se houver um mínimo de delineamento prévio, entre as partes, das medidas plausíveis e preferíveis. A verdade é que a vastidão de medidas executivas possíveis acompanha a amplitude da tutela executiva, principalmente das obrigações de fazer.⁴⁶ Afinal, a execução forçada não se destina apenas à tutela patrimonial, mas também à efetivação de prestações complexas.

Entendemos, finalmente, que se o exequente aponta diversos meios igualmente adequados, o órgão julgador deve proceder ao juízo de necessidade. Se, por outro lado, o exequente e o executado pactuaram *previamente* alguns meios em detrimento de outros, embora em abstrato todos fossem satisfatórios (adequados), a vontade das partes deve, antes mesmo desse juízo, prevalecer.

5. OS ACORDOS PROCESSUAIS COMO FACILITADORES DA EXECUÇÃO DE LITÍGIOS COMPLEXOS

Como vimos até aqui, a mudança do desenho do procedimento é reflexo direto das mudanças nas interações sociais. Por vezes, o conflito subjacente envolve diversos centros de interesse, o que desautoriza que o procedimento comum siga a lógica dual que lhe era de costume.⁴⁷

Num outro cenário, dos litígios envolvendo interesse público, é muito comum que haja entraves burocráticos em função, até mesmo, da dificuldade de mensurar a real dimensão dos impactos descritos em juízo e da dificuldade no alcance de soluções diretas junto aos agentes públicos envolvidos.⁴⁸ Para a tutela jurisdicional eficiente, é fundamental a reorganização dessas estruturas.

A conflituosidade interna entre os centros de interesse (polícentria)⁴⁹ é uma das facetas da complexidade das demandas coletivas; a outra é a complexidade da matéria de fato e de direito envolvida no litígio.⁵⁰ Ambas têm muito a ganhar com a entrada da tecnologia e dos acordos processuais, se bem explorada.

46. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 127.

47. "(...) it may be useful at the outset to sketch very generally those characteristics which commentators see as institutional. They typically involve the courts in scrutinizing the operation of large public institutions. The suits are generally brought by persons subject to the control of those institutions, and the plaintiffs seek as relief some relatively elaborate rearrangement of the institutions' s mode of operation." EISENBERG, Theodor; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*. v. 93. n. 3. jan. 1980. pp. 466-467.

48. FISS, Owen. Modelos de organização/models of adjudication. *Caderno Direito GV*. v. 1. n. 8. nov. 2005. pp. 4-5.

49. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 7.

50. CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista*

Os acordos podem ser vistos como meios a facilitar a implementação das medidas estruturantes. A própria noção da expressão *injunctio* como uma medida preventiva⁵¹ é fomentada por esse advento. Quando *ex ante* ao cumprimento de sentença, ainda que no curso do processo de conhecimento da ação coletiva, os acordos permitem que as partes tracem um panorama geral a enquadrar a totalidade de obrigações cabíveis a entes públicos, agentes privados e outros atores, estabelecendo prazos para o ideal reajuste do problema constatado.⁵² As convenções dispositivas *ex ante*, que derogam a norma legal aplicável e modificam, de plano, o procedimento executivo, podem ser anteriores à própria propositura da demanda ou concomitantes à fase de conhecimento, especulando uma execução futura.⁵³

Vale lembrar que a execução, mesmo nos processos coletivos, seguiria uma lógica parecida: os centros de interesse são unidos na sentença e, posteriormente, mais uma vez, pulverizados nas execuções individuais, segundo metodologia ainda própria do processo “bipolar”.⁵⁴ Então, também incidentalmente, quando já em andamento, seria benéfico que execuções individuais fossem eventualmente reunidas, ainda que para a prática de atos específicos, e que, nesse arranjo coordenado, o cumprimento de sentença fosse flexibilizado com a abertura a medidas atípicas, à semelhança dos exemplos trazidos nos itens anteriores.

Esses certames complexos normalmente não envolvem questões sistêmicas, impactando uma gama de pessoas e situações. A vontade dos sujeitos envolvidos é, exatamente por isso, fator decisivo e proeminente, passando a determinar o modo de execução das medidas.

Em razão dos altos custos e da amplitude de algumas delas, como no exemplo de um extenso dano ambiental, a execução torna-se muito mais eficiente e desejável quando possível contar com a vontade dos executados em maior ou menor grau. Do contrário, não haveria força estatal a solucionar a questão: anos e anos podem se passar sem que haja a efetiva resolução do problema no mundo da vida.

Passou-se assim a descrever um fenômeno de “execução negociada das decisões estruturais”, compreendidas como decisões que determinam a implantação de

de Processo. v. 287. jan. 2019. v. eletrônica. p. 3. FERRARO, Macella Pereira. *Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural*. *Op. cit.* pp. 10-17.

51. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.
52. Mas, para a admissibilidade desses acordos *ex ante*, é essencial que haja *previsibilidade e determinação do objeto*. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 86-88).
53. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 83-84.
54. Seriam, afinal, processos coletivos bipolarizados: FERRARO, Macella Pereira. *Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural*. *Op. cit.* p. 13. Na origem, CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. v. 89. n. 7. mai. 1976. p. 1281.

políticas públicas.⁵⁵ Esse é o cenário de uma execução que se desprende quase que plenamente da rigidez procedimental, transcendendo a flexibilidade promovida pelos meios atípicos descritos ao longo deste ensaio. A “execução negociada” não seria uma execução no sentido mais estrito do termo, mas uma *soft judicial execution*, consistente na efetivação de medidas pré-acordadas.⁵⁶ O planejamento *antecipado* das condutas e das etapas para a implantação da política pública é a pedra de toque para a efetividade dessa execução.

A formulação do cronograma de efetivação das políticas públicas deve contar com atuação participativa dos diversos sujeitos envolvidos e, principalmente, da coletividade titular do direito discutido em juízo.⁵⁷ Uma vez elaborado o cronograma, está-se diante de um negócio jurídico processual plurilateral celebrado entre todos esses sujeitos parciais e posteriormente homologado em juízo. A homologação judicial, ainda que não seja pressuposto para a eficácia dos acordos,⁵⁸ permite mais facilmente a cognoscibilidade de outros potenciais interessados.

No ponto, as novas tecnologias também se revelam importantes para a facilitação do diálogo entre esses incontáveis atores e, ainda, na viabilização de toda a sorte de recursos midiáticos para a explanação do problema,⁵⁹ a fim de que se chegue a um consenso quanto à melhor forma de implementação das medidas. Pactuado o negócio jurídico estruturante, o juiz e as partes devem controlar o cumprimento das fases do cronograma fixado.⁶⁰ É, afinal, uma decorrência da vinculação do juiz aos acordos processuais.⁶¹

55. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Op. cit.* p. 21.

56. “Porém, tomando a palavra execução em sentido amplíssimo (ou seja, no sentido de “efetivação”), pode-se afirmar que, numa implantação negociada de política pública em juízo, haveria *soft judicial execution* (escorada na persuasão, na liquidez, na incitação, na flexibilidade, no diálogo e na criatividade), e não *hard judicial execution* (escorada na força, na solidez, na coerção, na rigidez, na imposição e na subsunção). Nesse tipo bastante diferenciado de execução judicial, os princípios da boa-fé e da colaboração assumem alta densidade, já que a cooperação do executado e a lealdade recíproca entre as partes são indispensáveis à obtenção de um cronograma de implantação e, consequentemente, à realização da tutela jurisdicional. Trata-se de uma verdadeira execução complexa cooperativa, pois.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. v. 212. out. 2012. v. eletrônica, p. 10.

57. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 431-433.

58. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 161-164.

59. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Op. cit.* p. 10.

60. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Op. cit.* p. 13.

61. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 257-260.

O órgão julgador deve zelar pelo cumprimento do acordo, sendo então possível pensar a cominação de *sanção* ao descumprimento por sujeito encarregado da determinação negociada no cronograma.⁶² Essa opção poderia vir a ser cogitada a depender da gravidade da prestação descumprida no contexto do litígio estrutural.

5.1. Os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e a execução negociada

Dando um passo atrás, merecem lembrança os títulos executivos resultantes de termos de ajustamento de conduta. Ali é pactuado o cronograma para a execução de tarefas e o que incumbe a cada acordante. No âmbito do recente desastre ambiental causado ao Rio Doce e à população dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, foram celebrados alguns Termos de Governança entre diversos órgãos públicos dos diferentes entes federativos, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual a fim de gerir a adoção dos encargos necessários à mitigação do impacto da forma mais eficiente possível.

Diante da multiplicidade de obrigações a que foram submetidas as autoridades responsáveis, o inadimplemento de qualquer das cláusulas poderia ser contestado em juízo através do título ali constituído.

Num outro sentido, a suspensão de determinada atividade essencial ao agente descumpridor do TAC é uma medida de coerção possível. Pode-se imaginar formas de obstaculizar o desempenho das atividades básicas de uma *joint-venture* que insiste em impactar de maneira desarrazoada o meio ambiente. A medida poderia ter por objeto, por exemplo, a suspensão, por ordem judicial, do regular funcionamento das barragens que estão em sua curadoria ou, ainda, o direcionamento dos ativos da *joint-venture* a estratégias de equacionamento dos danos incessantes causados à população.

Assim, quando inadimplidas as obrigações,⁶³ o uso de um modelo de tutela executiva atípica e tecnologicamente sofisticada não é um simples luxo,⁶⁴ passando

62. Em sentido macroscópico, na defesa dos aspectos positivos da execução como *sanção*, embora não seja uma *sanção* no sentido de *sanção* civil, de direito material, mas *sanção* executiva, que teria a propriedade de impor determinados resultados práticos, MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible*: uma introdução às medidas executivas atípicas. *Op. cit.* p. 75.

63. Um exemplo real foi a obrigação de que a Samarco Mineração S.A. prestasse dois litros de água por dia a cada cidadão de Colatina. Celebrado, em 2015, Termo de Compromisso Socioambiental (TCSA) entre todos os sujeitos envolvidos, a Samarco suspendeu o cumprimento de uma das principais obrigações nele estabelecidas. Após o lançamento de rejeitos, uma verdadeira onda de detritos, no Rio Doce, os elevados índices de magnésio comprometeram a potabilidade da água, afetando o suprimento das atividades mais básicas da população e dos estabelecimentos locais.

64. Quase como um efeito-cascata, observa-se a intensidade com que a tecnologia atua (i) nas relações sociais e econômicas antes mesmo de sua judicialização, (ii) no processo estrutural, concorrendo para o aprimoramento dos mecanismos consensuais, permitindo-lhe uma mais ampla análise dos fenômenos de larga extensão e de impacto em múltiplas esferas subjetivas, num cenário de dano já consumado ou iminente.

a ser desejado pelos sujeitos afetados, representantes de um sem-número de centros de interesse.

Finalmente, para além das audiências públicas que nem sempre ocorrem, iniciativa útil para agrupar os diversos centros de interesse é a criação de página da *internet* a fim de possibilitar o controle e a participação da população na implementação das medidas executivas, o que representa importante dimensão dos litígios envolvendo interesse público e de seu desprendimento de uma lógica preordenada para o cumprimento das prestações, viabilizando mais facilmente o ajuste de vontade entre os envolvidos.⁶⁵

Observa-se, assim, uma relação em cadeia, que se espalha pelas diversas fases processuais, tocadas, em menor ou maior grau, pelo princípio dispositivo e pela adaptabilidade do procedimento. Daí surge a necessidade de que essas medidas sigam uma lógica de tentativa-erro-acerto, maleáveis e gerenciáveis entre si, na busca por um resultado ótimo. O *princípio do resultado* da execução incide com toda a sua intensidade, agora ressignificado.

6. CONCLUSÃO

Neste breve estudo, foi possível notar que a execução civil tem adquirido novas feições. A compreensão de que o procedimento executivo seria mera sucessão formal de atos materiais rígidos foi superada em benefício de uma postura pela atipicidade dos meios executivos, seguindo as diretrizes de flexibilização do procedimento claramente positivadas nos arts. 139, IV e 536 do CPC, mas garantida primazia à vontade das partes, contemplada nos arts. 190 e 200, tanto para a execução de obrigações de fazer como para a de obrigações de pagar.

Essa inovação estrutural fica bastante clara no momento inicial da execução, em ruptura com o formalismo que costumava involucrar os títulos extrajudiciais, passando também e principalmente pelas medidas executivas, sobretudo as medidas coercitivas e indutivas, que preservam um *quid* de vontade muito mais expressivo em seu cumprimento.

Observou-se, assim, um cenário cada vez mais flexível na execução de títulos executivos extrajudiciais e judiciais em geral e, ainda, no espaço amostral dos litígios estruturais, com ênfase na execução de obrigações pactuadas no âmbito desses processos coletivos multifocais quando almejada a resolução de determinado problema que atinja, de maneira difusa, diversos centros de interesse. Nesses contextos, nem tão diferentes entre si, foi possível notar que a inevitável disrupção entre vontade humana e processo é um caminho sem volta.

65. ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018, 2016.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea*. Dottorato di ricerca, Università degli Studi di Cagliari, 2014/2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acessado em: 09 mar. 2018, 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- BONE, Robert G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. *Texas Law Review*. v. 90, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. v. 287. jan. 2019. v. eletrônica.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. v. 89. n. 7. mai. 1976.
- COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. 2. ed. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. v. 212. out. 2012. v. eletrônica.
- COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 5. mai.-ago. 1999. versão eletrônica.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*. v. 275. jan. 2018. v. eletrônica.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5: Execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. v. 267. mai. 2017.
- DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n. 2. 2010. Disponível em: <www.riedpa.com>. Acessado em: 22 ago. 2018.

- DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- EISENBERG, Theodor; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*. v. 93. n. 3. jan. 1980. pp. 466-467.
- FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*. v. 995. set. 2018. v. eletrônica.
- FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015.
- FISS, Owen. Modelos de organização/*models of adjudication*. *Caderno Direito GV*. v. 1. n. 8. nov. 2005.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the Litigation Game: An *Ex Ante* Perspective on Contractualized Procedures. *Texas Law Review*. v. 91.
- LUCCA, Newton de. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Processo*. v. 60. abr.-jun. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: JusPodivm, 2019.
- PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*. v. 97. n. 4. mar. 1977.
- SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TRIGO, Alberto Lucas de Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. *Revista de Processo*. v. 280. jun. 2018. v. eletrônica.

