

Coordenador Geral
Fredie Didier Jr.

Organizadores
Lucas Buril de Macêdo
Ravi Peixoto
Alexandre Freire

Coleção **NOVO CPC**
Doutrina Seleccionada

5

EXECUÇÃO

2.^a edição, revista e atualizada



2016

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Fredie Didier Jr.
Biblioteca

Ex. 57839

A Promessa de Recompensa Judicial e o Novo CPC

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A PROMESSA DE RECOMPENSA COMO NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL; 3. A ATIPICIDADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS; 4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS; 5. A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL (ART. 536, § 1º, CPC/15); 6. A PROMESSA DE RECOMPENSA JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

Fredie Didier Jr.¹

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira²

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva demonstrar que, no processo civil brasileiro, se admite promessa de recompensa judicial. O tema, decerto, causa reações, pois abre uma janela para o ingresso da autonomia da vontade – associada por muitos a uma categoria tipicamente privada –, no ambiente publicístico do processo.

Buscaremos, primeiramente, mostrar que as promessas de recompensa, no direito civil, são negócios jurídicos unilaterais, assim como também ser possível (não só no direito civil, mas também no direito processual civil) a prática de negócios jurídicos unilaterais atípicos. Em seguida, ingressaremos no exame das promessas recompensa judiciais, como negócios unilaterais atípicos, a partir do poder geral de efetivação conferido ao juiz a partir da incidência da norma do art. 536, § 1º do CPC/15.

1. Livre-Docente (USP). Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor (PUC-SP) e Mestre (UFBA) em Direito. Professor na Universidade Federal da Bahia. Coordenador do curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro fundador da Associação do Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br
2. Doutor (UFBA) e Mestre (UFAL) em Direito. Professor na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor e coordenador do curso de Direito da SEUNE. Professor convidado das Escolas Superiores de Magistratura de Alagoas (ESMAL), Pernambuco (ESMAPE), Pará (ESMAPA) e Espírito Santo (ESMAGES). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação do Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado. www.pedrohenriquenogueira.com.br

Nosso propósito, portanto, é demonstrar que o juiz pode, no direito brasileiro, praticar promessa de recompensa, estando autorizado a fazê-lo a partir da atipicidade de medidas executivas diretas e indiretas decorrentes do poder geral de efetivação.

2. A PROMESSA DE RECOMPENSA COMO NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL

A promessa de recompensa, no direito civil, constitui o negócio jurídico por meio do qual o promitente se vincula a alguém ou ao público em geral como devedor, mediante oferecimento de vantagem a quem realizar determinados atos ou omissões previamente indicados.

O Código Civil brasileiro inseriu a promessa de recompensa no título dos “atos unilaterais”, prevendo no seu art. 854: “Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”. O dispositivo, em verdade, repete o enunciado do art. 1.512 do Código Civil de 1916.

No direito brasileiro, afastou-se qualquer possibilidade de cogitar a natureza contratual da promessa de recompensa, porquanto desnecessária a manifestação de vontade concordante dos destinatários. Com efeito, aquele que realiza o fato objeto da promessa tem direito ao recebimento do benefício oferecido, mesmo sem ter a intenção ou manifestar a vontade de ser premiado, ou até mesmo quando ignore a própria existência da promessa³.

São pressupostos da promessa de recompensa⁴: a) a publicidade⁵; b) designação do ato ou omissão a que se refira (v.g. achar ou restituir coisas perdidas, descobrir a cura de doença, realizar experiência científica exitosa, construir obras artísticas ou literárias, não faltar aulas no semestre letivo etc.); c) designação do que será dado pelo ato positivo ou negativo a ser praticado (v.g. o prêmio em dinheiro, a publicação de livro, a menção honrosa etc.).

3. LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 275; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 390; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 243; PEREIRA, Cario Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, IV. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 350.

4. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, XXXI. Rio de Janeiro: Borsó, 1961, p. 281-286. No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 602.

5. Como salienta PONTES DE MIRANDA, o número mínimo para se ter como pública a promessa é de dois; o máximo, a humanidade: “As promessas podem ser feitas a um do público ou grupo, *ad incertam personam*, ou a muitas pessoas, contemporaneamente, *ad incertas personas*” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, XXXI. Rio de Janeiro: Borsó, 1961, p. 283).

Trata-se de negócio jurídico unilateral. Para sua configuração é exigida apenas uma manifestação de vontade negocial. Não se toma em consideração o número de manifestantes, mas o número de lados, isto é, o centro de interesses, entendido como a posição da qual a vontade é manifestada num mesmo sentido. Por isso, pode haver promessa de recompensa com mais de um promitente, sem que haja aí bilateralidade ou plurilateralidade; o negócio é unilateral, mas pluripessoal (subjettivamente complexo)⁷. Uma vez manifestada a vontade, o negócio jurídico se compõe, independentemente da adesão ou concordância de terceiros ou dos destinatários. Ainda quando o ato seja receptício (vontade dirigida a alguém e por este recebida), a falta de recepção implica ineficácia e não inexistência do negócio. Além disso, como bem apontou MARCOS EHRHARDT JR.⁸, a recepção não implicará bilateralização do negócio.

A promessa de recompensa é sempre dirigida a alguém, seja ao público, a um ou mais sujeitos, mas não se exige, para a composição de seu suporte fático, a recepção da mensagem pelos destinatários. Conforme assinala PONTES DE MIRANDA, mesmo se “uma só pessoa ou nenhuma tenha tido conhecimento dela, desde que se produziu o fato da publicação, houve a promessa unilateral de recompensa”⁹.

O principal efeito jurídico gerado pela promessa de recompensa, quer quando dirigida a destinatários determinados ou determináveis, quer quando dirigida ao público em geral¹⁰, consiste na vinculação do emitente da manifestação de vontade. Quem realizar o ato ou a omissão indicado poderá exigir a retribuição vantajosa prometida e acionar o promitente para ser recompensado.

Enquanto ninguém realizar o ato contemplado na promessa, não há obrigação do promitente, mas apenas vinculação. Realizado o ato, porém, surge para quem o realizou o direito subjetivo e a pretensão ao recebimento da recompensa (Código Civil, art. 855).

6. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 174. Há quem prefira falar em negócios unipessoais e plúrimos para indicar os negócios unilaterais com mais de um sujeito manifestante. Assim: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 298; ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 69.
7. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, III. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 143.
8. EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1, p. 399.
9. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, XXXI. Rio de Janeiro: Borsó, 1961, p. 296.
10. É possível, assim, dividir as promessas de recompensa em três categorias, tomando em consideração a situação do recompensado: a) recompensa restrita a um; b) recompensa dirigida a mais de um ou a muitos; c) recompensa dirigida ao público em geral, exigindo-se escolha dentre os recompensáveis (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, XXXI. Rio de Janeiro: Borsó, 1961, p. 275).

importante destacar que a promessa, enquanto não realizado o ato ou fato a que se refira¹¹, é em si revogável, segundo estabelece o art. 856 do Código Civil¹², repetindo o texto do art. 1.512 do Código Civil de 1916. Se o promitente desiste da promessa antes de realizado o ato, basta que manifeste a desistência usando-se da mesma publicidade¹³. As promessas de recompensa feitas com prazo determinado não podem ser revogadas. É ineficaz a revogação durante o prazo assinalado na promessa. Assim, aquele que realizou o ato ou fato tempestivamente tem direito a exigir a recompensa, mesmo em face da revogação pelo promitente.

3. A ATIPICIDADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

Questão de grande relevo está na admissão ou não de negócios jurídicos unilaterais atípicos no direito brasileiro.

Sabe-se que em relação aos contratos e, de modo mais amplo, em relação aos negócios jurídicos bilaterais, é amplamente admitida a atipicidade do que resulta a possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos ou inominados. O próprio Código Civil, no art. 425¹⁴, admite expressamente a atipicidade contratual.

Para os negócios jurídicos unilaterais, porém, é predominante o entendimento no sentido de que seriam sempre típicos, não havendo espaço para o exercício de autorregramento de modo a criar tipos negociais para além dos já previstos em lei¹⁵ (v.g. testamento, promessa de recompensa, denúncia, revogação etc.). PAULO LÔBO a esse respeito é categórico: "Todos os negócios jurídicos unilaterais são típicos, pois cabe ao direito definir seus efeitos e evitar que a autonomia privada se converta em arbitrariedade, dado que ingressam no plano da existência apenas pela manifestação ou declaração do próprio interessado"¹⁶.

11. PAMPLONA FILHO e PABLO STOLZE observaram: "se o serviço já tiver sido realizado, ou a condição já tiver sido preenchida por terceiro, informado o fato ao promitente, parece-nos que a revogação não mais será possível" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, II. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 375).

12. "Art. 856. Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta."

13. Os terceiros de boa-fé que sofreram prejuízos têm direito a reembolso na hipótese de revogação da promessa de recompensa. Segundo PAULO LÔBO, em virtude da boa-fé do candidato, haveria além do direito a reembolso pelas despesas o direito à indenização pelas perdas e danos, como hipótese de culpa in promittendo (LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 279).

14. "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

15. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 749. No mesmo sentido, ABREU FILHO, para quem "os negócios jurídicos de natureza atípica registram-se sempre em matéria contratual, assinalando-se que essa atipicidade emerge como consequência de uma maior autonomia que se conceda à vontade privada" (ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82).

16. LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 251.

Alguns ordenamentos jurídicos, como se dá, v.g., em Portugal (Código Civil português, art. 457¹⁷) e Itália (Código Civil italiano, art. 1.987¹⁸), explicitam restrição a negócios jurídicos unilaterais atípicos. Outros, como é o caso do Código Civil brasileiro, silenciam a esse respeito.

Parece-nos que não há qualquer impedimento, no direito brasileiro, à realização de negócios jurídicos unilaterais atípicos. A atipicidade negocial não se vincula à quantidade de manifestações de vontade, mas sim à amplitude do poder de autorregramento, traçada pelo próprio ordenamento.

O negócio jurídico é ato pelo qual, em razão do exercício de autorregramento, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico¹⁹. A vontade não cria os efeitos; compõe o suporte fático, que, após a incidência da regra jurídica, produz o fato jurídico do qual derivam os efeitos²⁰.

Tal como define MARCOS BERNARDES DE MELLO²¹, o negócio jurídico se apresenta como o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta aos sujeitos, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

17. O Art. 547º do Código Civil português enuncia: "A promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei." A partir desse dispositivo, a doutrina portuguesa tem se posicionado a favor da tipicidade nos negócios unilaterais: "vigora, quanto aos negócios unilaterais, o princípio da tipicidade ou do 'numerus clausus' (cfr. art. 457º.)" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 388).

18. "Art. 1.987 - Efficacia delle promesse - La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge (2.821)."

19. Segundo FLUME, "El concepto de negocio jurídico es la abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el Ordenamiento jurídico, que, tal como ha fijado el Ordenamiento jurídico su contenido, están dirigidos, mediante la instauración de una reglamentación, a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica en uso de la autodeterminación del individuo". (FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Tradução José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 49). Acolhemos a definição, com a ressalva de que (a) a autodeterminação não diz respeito aos indivíduos, mas sim aos sujeitos de direito, categoria mais ampla, capaz de abarcar todos aqueles detentores de capacidade jurídica e que, por isso, podem manifestar vontade negocial; (b) a criação, modificação ou extinção não se refere apenas às relações jurídicas, mas sim às situações jurídicas, da qual a relação jurídica é apenas espécie.

20. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 92.

21. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000,

p. 166.

O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada²², de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas²³ (gênero do qual as relações jurídicas são espécie).

Pode-se localizar a autonomia privada em quatro zonas de liberdade²⁴: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).

A liberdade de criação de novos modelos negociais decorre da amplitude deixada pelo ordenamento jurídico ao exercício do autorregramento, independentemente da circunstância de que seu exercício se dê unilateral, bilateral ou plurilateralmente. Conforme salientou PONTES DE MIRANDA, “as espécies de negócios jurídicos unilaterais não têm caráter exclusivo, como não o têm as espécies de negócios bilaterais”²⁵.

No direito das obrigações, particularmente no âmbito da disciplina dos contratos, é maior a margem deixada para a celebração de negócios atípicos, mas por isso não se pode pré-excluir a atipicidade dos negócios unilaterais. O ordenamento jurídico brasileiro não contém proibição similar à encontrada nos Códigos português e italiano. É possível vislumbrar a atipicidade para a própria promessa de recompensa (v.g. promete-se a premiação em dinheiro para quem entregar a melhor tela, mas premia-se com medalha de honra ao mérito aos que disputarem o certame; tem-se, com isso, combinação de concurso com promessa unilateral de prestação).

22. Como salienta OLIVEIRA ASCENSÃO, “A autonomia privada nunca é absoluta. Sempre houve restrições ao seu exercício.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78, v. II.).

23. Assevera MARIO SEGNI: “La caratteristica del negozio nell’essere lo strumento con il quale il privato esercita il potere di dettare un’autonoma sistematizzazione della propria situazione giuridica” (SEGNI, Mario. *Autonomia Privata e Valutazione Legale Tipica*. Padova: CEDAM, 1972, p. 115). A alusão ao termo “situação jurídica” para designar o objeto da autorregulação, em lugar do termo “relação jurídica”, como comumente se adota, parece-nos mais precisa, justamente porque nem sempre os efeitos derivados do negócio se reconduzem a relações jurídicas (que são espécies de situações jurídicas, conforme ressaltado anteriormente).

24. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78-80, v. II.

25. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, XXXI. Rio de Janeiro: Borsó, 1961, p. 8. Neste mesmo sentido, NERY Jr., Nelson. “O programa de milhagens como negócio jurídico unilateral”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2012, nº 52, p. 294.

O ordenamento brasileiro contém normas jurídicas autorizadas da realização de negócios unilaterais atípicos. Tal se dá, como será visto adiante, no plano do direito processual civil, na hipótese do art. 536, § 1º, do CPC.

4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Conforme assinalamos, as promessas de recompensa são negócios jurídicos unilaterais. O exame das promessas de recompensa judiciais, assim, supõe a análise do conceito de negócio jurídico processual.

Negócio processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais²⁶. No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação²⁷.

Parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental²⁸.

Os negócios processuais também não dependem, necessariamente, da intervenção ou intermediação judicial para produzir os seus efeitos. A desistência do recurso já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida²⁹, sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação. Ora, se à parte é dada a possibilidade de manifestar vontade abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe inclusive primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem³⁰, é porque está reconhecido o poder de autorregramento da vontade no processo.

Eis alguns exemplos de negócios jurídicos processuais: a renúncia ao prazo (CPC/15, art. 190), a convenção processual de dilação de prazo (CPC/15, art. 190),

26. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 58.
27. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.
28. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 291.
29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335.
30. Cf. STJ. AgRg no RESP nº 902711/SP. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 18.11.2010.

o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro³¹, o acordo para a suspensão do processo, o adiamento negociado da audiência, a desistência do recurso, a arrematação no processo de execução³², a adjudicação, o calendário processual, os acordos de procedimento em geral etc.

O universo de negócios processuais é significativamente amplo. Uma considerável parte dos atos procedimentais praticados pelas partes pode, com grande vantagem, ser enquadrada como autênticos negócios jurídicos processuais.

Encontram-se no processo tanto negócios *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia ao recurso*, quanto negócios *bilaterais* (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial do foro* e *suspensão convencional do andamento do processo*. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema. Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico unilateral, como reputa a doutrina de maneira generalizada³³, não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia ao direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode aceitar.

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual unilateral³⁴ de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos: mandado de segurança ou procedimento ordinário, Juizados Especiais ou procedimento sumário etc. Os atos judiciais também podem ser enquadrados na categoria dos negócios jurídicos; fala-se então de *negócio jurídico processual judicial*³⁵, porque o sistema admite para certos atos uma margem de liberdade de escolha para o juiz (v.g. poder geral de efetivação, art. 461, § 5º do CPC).

31. PAULA SARNO BRAGA admite, ainda, a existência de negócios processuais plurilaterais – com vontades distintas, advindas de mais de dois lados, que convergem para um fim comum –, como uma suspensão convencional firmada entre opositos e oponente ou uma cláusula compromissória aposta em contrato social que deu fim a processo instaurado por um dos sócios (BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência”. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, junho, 2007, nº 148, p. 314).

32. Sobre a arrematação como ato negocial: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 5, p. 640-641; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, X. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 353 e segs.; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 702.

33. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.

34. Vai ainda mais além PAULA COSTA E SILVA, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte “quer” do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – O dogma da irrelevância da vontade nos actos postulativos*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 318 e segs.).

35. Sobre o assunto, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011, p. 109 e segs.

O relevante para caracterizar um ato como negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento.

O conceito de negócio jurídico não preconiza a ligação direta e unívoca de todos os efeitos decorrentes do ato à vontade manifestada pela parte, como se para ter configurado o negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos. Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente, nem mesmo no plano do direito material sempre se verifica³⁶.

Os negócios processuais têm como objeto situações jurídicas tipicamente processuais³⁷. Conforme sintetiza TEIXEIRA DE SOUSA, “é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais”³⁸.

5. A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL (ART. 536, § 1º, CPC/15).

O art. 536, § 1º do CPC/15 consagra o poder geral de efetivação, que decorre da cláusula geral de atipicidade dos meios executivos:

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º. Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

36. Quando alguém saca uma nota promissória (negócio jurídico unilateral de direito cambiário), não exige a lei que o emitente configure todos os efeitos decorrentes do seu ato. Além disso, há vários efeitos que operam mesmo que o emitente não os queira. Assim, v.g., ao emitir uma nota promissória agrega-se-lhe inapelavelmente o caráter de título executivo (CPC-1973, art. 585, I). São, como se vê, efeitos previstos na lei, contra os quais a vontade do estipulante nada pode, mas, nem por isso, se cogita de afastar o caráter negocial daquele ato.

37. Sobre o conceito de situações jurídicas processuais: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117.

38. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 193.

Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma cláusula geral executiva³⁹, que estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo órgão jurisdicional, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Claramente, ao lançar mão dessa cláusula geral executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi o de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões. Trata-se de noção já assente na doutrina a de que todo jurisdicionado tem o direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF)⁴⁰.

O § 1º do art. 536 do CPC/15, seguindo a mesma diretriz do o art. 461, § 5º do CPC/73, tem por objetivo permitir a concretização do direito fundamental à tutela executiva e é com essa finalidade que deve ser interpretado e aplicado, exigindo-se do magistrado – destinatário que é da determinação legal – que atue no sentido de garantir à parte o acesso à tutela jurisdicional (resultado) efetiva⁴¹.

Com os olhos postos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado.

É possível, por exemplo, que o juiz (i) obste a divulgação de matéria jornalística na imprensa falada ou escrita nos casos em que a veiculação da matéria configurar ato ilícito ou puder causar dano a alguém; (ii) imponha a veiculação de anúncio em jornal ou *outdoor* no sentido de que uma determinada empresa está descumprindo ordem sua; (iii) determine a interdição de estabelecimento comercial por não atendimento às normas de segurança do trabalho, ou por causar danos ao meio ambiente; (iv) determine a retirada das prateleiras de produtos expostos ao consumidor em desconformidade com as regras de informação publicitária ou de segurança e conservação, além de outras medidas possíveis. Uma

39. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 231.

40. WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

41. Para Marinoni, "o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada, afastando o princípio da tipicidade e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz" (MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 231).

medida executiva atípica de coerção direta é a intervenção judicial na empresa. Trata-se de medida que pode ser muito eficiente para a tutela de direitos difusos e coletivos. Pode ser utilizada, como paradigma normativo para a aplicação desta medida, a disciplina constante da Lei nº 12.529/2011, que a regula como medida típica para a execução das decisões do CADE – típica para esse caso, atípica como medida executiva para as causas em geral (arts. 102-111 da Lei 12.529/2011). Esse regramento funciona como modelo para todo o processo civil brasileiro, individual ou coletivo.

É ainda possível que, em se tratando de obrigação fungível, o magistrado determine que um terceiro a cumpra, em lugar do devedor.

Dentro do rol exemplificativo do § 5º do art. 461 do CPC/73, a doutrina, a exemplo de EDUARDO TALAMINI, admite a possibilidade de cominação da chamada sanção premial, que é aquela por meio da qual, em vez de se buscar o cumprimento da obrigação inculcando o medo ao devedor, a satisfação é buscada com a imposição de uma “sanção positiva”, que incentive o cumprimento, tal como ocorre na ação monitória, em que o pagamento feito à luz do mandado monitório libera o réu das custas do processo (art. 701, § 1º do CPC/15)⁴².

Para finalizar este item, cumpre alertar que a atividade judicial não pode ficar imune a qualquer tipo de controle, sob pena de, aí sim, abrir-se uma brecha para o cometimento de arbitrariedades. Se essa atividade, à época da vigência do princípio da tipicidade dos meios executivos, era controlada pelo princípio da legalidade, agora esse poder geral de efetivação é controlado pela máxima da proporcionalidade. Essa norma tanto vai servir de controle para a escolha, pelo magistrado, da providência material destinada a tutelar o bem da vida (isto é, o próprio fazer ou não fazer), como para a escolha do meio executivo que objetiva implantá-la⁴³.

A proporcionalidade aqui se revela através de três submáximas: (i) adequação, segundo o qual o meio executivo escolhido pelo juiz deve ser adequado a que se atinja efetivação buscada; (ii) a necessidade (ou da exigibilidade), segundo o qual o meio executivo deve causar a menor restrição possível ao devedor; (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual o magistrado, antes de

42. TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 179-180.

43. MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz”. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, ob. cit., p. 237.

eleger o meio executivo, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito⁴⁴.

6. A PROMESSA DE RECOMPENSA JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme visto, o § 5º do art. 461 do CPC/73, assim como o art. 536, § 1º do CPC/15 autorizam que o órgão jurisdicional se valha de meios executivos de coerção direta (sub-rogação) ou indireta para efetivar a sua decisão. Esses meios podem ser típicos ou atípicos.

São meios de sub-rogação ou de execução direta: a) o desapossamento, que se realiza pela busca e apreensão, muito utilizado para a efetivação de dever de entregar coisa; b) transformação: que ocorre quando uma obrigação de fazer transforma-se em obrigação de pagar quantia, pois o órgão jurisdicional determina que um terceiro proceda ao *facere* a expensas do devedor; c) expropriação: meios de conversão de coisa em dinheiro (adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto forçado⁴⁵).

Os meios de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo como uma espécie de “estímulo” ao cumprimento da prestação.

Há muita discussão sobre se a coerção indireta é ou não execução. Um dos autores deste texto já se posicionou no sentido de reconhecer a existência de uma execução indireta⁴⁶. Não é esse, porém, um entendimento unânime. Há quem entenda que só há execução se houver sub-rogação. Como as medidas de coerção indireta visam a que o próprio devedor cumpra a prestação (cumprimento forçado, não voluntário), não poderiam ser confundidas com a execução: “...si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver con la ejecución, la cual, por definición, no opera a través del cumplimiento”⁴⁷⁻⁴⁸.

44. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 127.

45. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 137.

46. DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, v. 5, p. 34-39.

47. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 333. Nesse mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5-6; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 229.

48. Sobre a polêmica, ver, por todos, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 30-34.

Não se pode deixar de citar a crítica feita por MARCELO LIMA GUERRA à distinção que se faz entre as tutelas mandamental e executiva. Para ele, “tanto a ‘execução forçada’, ou execução por sub-rogação, como também a ‘execução indireta’, ou execução por coerção indireta, são técnicas distintas de atuação prática dos direitos, portanto, postas a serviço da mesma modalidade de tutela jurisdicional, a saber a prestação da ‘tutela jurisdicional executiva’”.⁴⁹

A discussão, no entanto, é irrelevante para o propósito deste texto.

Interessa-nos, por ora, os meios de coerção indireta – que, repita-se, podem ser atípicos. Vamos dedicar mais atenção a eles.

A execução (coerção) indireta pode ser *patrimonial*, como ocorre com a fixação de uma multa pelo descumprimento da decisão, ou *pessoal*, como no caso da prisão civil do devedor de alimentos.

A execução indireta não era muito bem vista, tradicionalmente, (i) quer porque não se podia falar de execução forçada com participação do executado, (ii) quer porque à época valia a máxima da intangibilidade da vontade humana, segundo a qual o devedor não poderia ser obrigado/forçado a colaborar, pois estaria livre para não cumprir o seu dever.

A tendência atual é a de prestigiar os meios coercitivos indiretos, tão eficazes quanto os meios de execução direta, mas menos onerosos.

Esta coerção pode dar-se pelo medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo *incentivo*, como é o caso das chamadas *sanções premiais*, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

As distinções entre coerção direta e coerção indireta e entre coerção indireta por *desencorajamento* ou por *incentivo* são muito bem explicadas por Norberto Bobbio. A lição, inicialmente estruturada a partir de normas legais, é perfeitamente aplicável às decisões judiciais. O jurista italiano demonstra que o Estado contemporâneo, além de tutelar os direitos com a repressão dos ilícitos, também exerce uma função *promocional* dos comportamentos desejados. Trata-se do confronto entre a função protetora-repressiva do Direito e a sua função promocional.⁵⁰

49. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 40.

50. “...possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes”. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Daniela Beccaccia Versiani (trad.). São Paulo: Manole, 2007, p. 15.)

Segundo BOBBIO, para atingir os seus fins, o ordenamento jurídico vale-se de operações de três tipos e graus. O modelo repressivo de ordenamento busca tornar a ação não desejada *impossível, difícil ou desvantajosa*. O modelo promocional, de modo simétrico, busca tornar a ação desejada *necessária, fácil e vantajosa*.

Tornar a ação *impossível*, quando não desejada, ou *necessária*, quando desejada, consiste em pôr o destinatário da norma em uma condição de “não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução”.⁵¹ Para tanto, o ordenamento jurídico vale-se das chamadas *medidas diretas* (coerção direta ou execução direta), que impedem a sua violação ou compelem à sua efetivação. “São medidas diretas as várias formas de vigilância (que pode ser passiva ou ativa) e o recurso ao uso da força (que pode ser impeditiva ou constrictiva)”.⁵² De acordo com o que se afirmou neste ensaio, podem ser citadas como exemplos de medidas de execução direta, respectivamente, a *designação de um interventor* (administrador-judicial) para administrar a empresa que, por exemplo, vem desrespeitando o meio-ambiente, e a *busca e apreensão de coisas*.

Já para tornar a ação *difícil ou desvantajosa* a conduta, quando indesejada, ou *fácil ou vantajosa*, quando desejada, o ordenamento jurídico busca “influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento”.⁵³ Vale-se o ordenamento de *medidas indiretas*. As *medidas indiretas* realizam-se pela técnica do *desencorajamento* (influenciar psiquicamente determinado sujeito para que não realize um comportamento não desejado, “obstaculizando-o”⁵⁴ ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis”) ou *encorajamento* (influenciar psiquicamente determinado sujeito para que realize um comportamento desejado, “facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis”⁵⁵). Perceba que a medida de *encorajamento* ou *desencorajamento* pode preceder ou ser contemporânea ao comportamento (facilitando-o ou dificultando-o, respectivamente), ou pressupor o comportamento já realizado (premiando-o ou punindo-o, respectivamente). A distinção tem muita importância. A tutela específica dos direitos pode realizar-se por medidas de coerção *direta ou indireta*, como se sabe. Normalmente, porém, somente são utilizadas as medidas de coerção indireta por *desencorajamento*, muito possivelmente em razão de o aplicador

51. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 15.

52. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 16.

53. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 16.

54. “Pode-se desencorajar um comportamento não desejado tanto ameaçando com uma pena (expediente da sanção), sempre que o comportamento vier a se realizar, quanto tornando o próprio comportamento mais penoso”. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 17.)

55. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 16.

(advogado, membro do Ministério Público ou órgão jurisdicional) desconhecer a técnica de coerção indireta pelo incentivo ou encorajamento.

O desencorajamento é mais utilizado em ordenamentos repressivos; encorajamento, nos ordenamentos promocionais.

É exemplo de medida indireta que desencoraja criando obstáculo a determinação judicial para que se coloquem marcos identificadores artificiais provisórios na fronteira entre prédios vizinhos, cujos proprietários estejam litigando pela sua correta demarcação. Essa medida dificulta (torna mais penosa), com isso, a prática ilícita do "apagamento" dos marcos fronteirícios naturais (infelizmente comum em litígios reais ou possessórios), que se caracteriza como um atentado (CPC, art. 879, III), pois confunde juiz e peritos a respeito dos limites territoriais discutidos.

Constituem exemplos de medidas indiretas que desencorajam pela previsão de uma punição (sanção negativa) a prisão civil e a multa.

É exemplo de medida indireta que encoraja, criando uma facilitação, o direito potestativo ao parcelamento da dívida executada garantido pelo art. 745-A do CPC.

É exemplo de medida indireta que encoraja pela previsão de um prêmio (sanção positiva ou premial) o abatimento das custas processuais e honorários advocatícios, no caso de o réu cumprir voluntariamente o mandado monitório, pagando a dívida cobrada (art. 1.102-C, § 1º, CPC). Também constitui exemplo de medida indireta que encoraja pela previsão de um prêmio (sanção positiva ou premial) a redução, pela metade, dos honorários de advogado na execução fundada em título extrajudicial, na hipótese de o executado pagar, integralmente, a dívida no prazo de três dias, contado de sua citação (CPC, art. 652-A, parágrafo único).

Nestes dois casos, os meios de coerção pelo encorajamento (prêmio) são típicos e legalmente previstos: não decorrem de uma decisão judicial.

Este é o ponto: a cláusula geral do § 5º do art. 461 autoriza a criação de um meio de coerção indireta, que encoraje o devedor a cumprir a sua prestação, em razão da previsão de um prêmio?

Sim, certamente: como visto, o órgão jurisdicional pode criar o meio executivo adequado; esse meio executivo pode ser de coerção indireta; a coerção indireta pode ser pelo temor ou pelo incentivo. A fixação, pelo juiz, de uma recompensa, para o caso de cumprimento da decisão é plenamente possível. Pode-se, então, dizer que o direito brasileiro autoriza a promessa de recompensa judicial, em que o promitente é o Estado-juiz, sendo o executado o destinatário.

Sucedee que o Estado-juiz somente pode prometer um prêmio que lhe diga respeito. Não pode, por exemplo, “fazer caridade com chapéu alheio”, prometendo qualquer espécie de diminuição do direito do credor.

Pode o juiz, por exemplo, redimensionar o valor dos honorários advocatícios e das custas processuais, para o caso de cumprimento da decisão; pode, ainda, prometer negociar um calendário de cumprimento da decisão, caso o executado se predisponha a não discutir o direito do credor⁵⁶.

Para as execuções de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, pode o juiz, objetivando estimular o adimplemento, fixar multa por dia de atraso ou por outra unidade de tempo (semanal ou mensal, v.g.), estabelecendo isenções ou reduções no valor das astreintes em função do momento do cumprimento da decisão (v.g. fixar multa de “x” por dia de atraso, mas reduzida para “x/2” se a decisão for cumprida em 5 dias ou isentar o executado da multa, caso o cumprimento se dê em 48 horas).

Note-se, assim, ser possível e quiçá recomendável que, na própria decisão que fixa as astreintes, estabeleça-se um cronograma de aumento, ou, ainda, uma projeção de redução do montante da multa em função da data do cumprimento da obrigação a funcionar como recompensa.

Na execução das obrigações de fazer fungíveis, quando não haja opção do exequente pela conversão em perdas e danos (CPC/15, art. 816), o fato é realizável por terceiro mediante o emprego da técnica da transformação, hipótese em que o juiz poderá atribuir a realização do serviço a pessoa determinada, mas também poderá atribuí-la como recompensa ao terceiro que, por exemplo, prestar o fato em menor prazo.

A decisão judicial que prometer a recompensa é um negócio jurídico processual unilateral atípico: e isso não deve causar qualquer estranheza.

56. Sobre a execução negociada, inclusive com a calendarização, ver, com muito proveito, COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, nº 212, p. 39-50.