

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Brenda Moura e Silva

CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA:
DESAFIOS E POTENCIALIDADES EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS.

Porto Alegre

2019

BRENDA MOURA E SILVA

**CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA:
DESAFIOS E POTENCIALIDADES EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS.**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo K. Scarparo

Porto Alegre

2019

**CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA:
DESAFIOS E POTENCIALIDADES EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS.**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 09 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Orientador

Prof. Dr. Daisson Flach

Prof. Dr. Rafael Abreu

“O direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através da sua palavra.

O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã.”

(Piero Calamandrei)

RESUMO

O presente estudo propõe uma investigação sobre a cláusula geral executiva contida no art. 139, IV do Código de Processo Civil. O dispositivo estabelece como poder-dever do magistrado a utilização de todas as medidas necessárias de modo a garantir o cumprimento das decisões judiciais. Inserido em um ordenamento jurídico que tem como centro normativo e valorativo uma constituição que definiu a tutela jurisdicional como direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 aposta nessa cláusula aberta para dar ao juiz poder para adequar o processo às peculiaridades do caso concreto. Tema que segue gerando certa polêmica, o dispositivo é alvo de muitas críticas que lhe condenam afirmando que sua previsão concede poderes *demais* ao magistrado e que isso certamente gerará atos arbitrários que afetarão diretamente direitos fundamentais das partes, principalmente do executado. Por outro lado, o artigo, se corretamente utilizado, tem potencial para ser uma ferramenta decisiva para que o Poder Judiciário seja capaz de demonstrar à sociedade que as suas decisões são de cumprimento obrigatório e, ainda que forçadamente, proporcionar a efetivação dos direitos por ele reconhecidos e resguardados. Defende-se a utilização da cláusula com a devida ressalva de que, por tratar de direitos fundamentais, é imprescindível a ponderação dos elementos do caso concreto de forma devidamente fundamentada. As discussões relevantes ao tema giram em torno da formulação de critérios para a sua aplicação, bem como na tarefa primordial do magistrado de decidir segundo critérios de racionalidade para que se possa estabelecer um controle, o mais intersubjetivo possível, das decisões judiciais.

Palavras-chave: processo civil de resultados; tutela jurisdicional efetiva; direitos fundamentais; decisão judicial; execução forçada; medidas atípicas; ponderação; racionalidade; fundamentação.

ABSTRACT

The present study is an investigation of the general executive clause contained in art. 139, IV of the Code of Civil Procedure. The decree states as the magistrate's power-duty to use all necessary measures to ensure the effectiveness of the judicial decision. Inserted in a legal system whose normative and evaluative center is a constitution that defined judicial protection as a fundamental right, the Code of Civil Procedure of 2015 bets on this open clause to give the judge power to adapt the process to the peculiarities of the concrete case. The subject that continues generating a certain controversy, the device is the object of many critics that condemn it affirming that its prediction grants too many powers to the magistrate and that this will certainly generate arbitrary acts that will directly affect fundamental rights of the parts, mainly of the executed one. On the other hand, the article, if correctly used, has the potential to be a decisive tool for the Judiciary to be able to demonstrate to the society that its decisions are mandatory and, even if forcibly, to provide for the realization of the rights recognized and protected by it. It's argued that the use of the clause with due reservation that because it deals with fundamental rights it is essential to weigh the elements of the concrete case duly substantiated. The relevant discussions on the theme revolve around the formulation of criteria for its application, as well as on the primary task of the magistrate to decide according to criteria of rationality to establish a control, as intersubjective as possible, of judicial decisions.

Keywords: civil process of results; effective judicial protection; fundamental rights; judicial decision; enforced execution; atypical measures; weighting; rationality; grounds.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	8
2.DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	10
2.1. Técnica Legislativa: Cláusula Geral.....	10
2.2. Processo de Execução.....	14
2.3. Execução Forçada.....	18
2.4. Medidas Executivas.....	22
2.5. Colisão de Direitos Fundamentais.....	30
3.HISTÓRIA DA EXECUÇÃO CIVIL.....	34
3.1. Direito Romano	34
3.2. Direito Intermédio	41
3.3. Direito Moderno	45
3.4. Direito Brasileiro	50
4. O PAPEL DO JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO.....	56
4.1. A utilização do artigo 139, IV, CPC/15	60
4.2. A constitucionalidade do artigo 139, IV, CPC/15	67
4.3. Fundamentação e discricionarietà.....	71
5. CONCLUSÃO.....	75
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

1. INTRODUÇÃO

Dentro da sistemática do processo civil executar é tornar concreto os direitos previstos no ordenamento jurídico. A ciência jurídica, portanto, deve estar em constante atualização e melhoramento em busca da qualidade nas soluções propostas e na eficácia do sistema como um todo. Nesse sentido o papel que o processo executivo desempenha é instrumental e de extrema importância: tornar possível a realização e efetivação desses direitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a formulação de teorias impactantes no processo civil tais como a *instrumentalidade do processo* e o *formalismo-valorativo*, o processo se tornou ainda mais complexo, pois carrega em si a ideia de que direitos fundamentais devem ter aplicação imediata e que o juiz não deve estar “atado” à lei, logo, quando a mesma é omissa há o dever, por parte do julgador, de intervir a fim de garantir que o direito processual seja capaz de alcançar sua finalidade. Considerando que a promulgação de direitos fundamentais vincula o Estado em toda sua extensão, a tarefa de garantir sua concretização é do legislador, no campo abstrato e generalista das normas, e do magistrado no caso concreto.

Para que isso possa acontecer satisfatoriamente é preciso munir o juiz de poderes para conduzir o processo. O Código de Processo Civil de 2015 aceitou esse desafio e foi pontual em conceder e exigir que o juiz exerça tais poderes. Um dos artigos mais abertamente direcionado a essa finalidade é o art. 139, CPC. Redigido sob a técnica de cláusula aberta, indeterminado tanto na hipótese fática quanto no efeito jurídico a ela atribuído, a utilização dessa técnica legislativa exige do juiz uma atividade criativa na prestação da tutela adequada, efetiva e tempestiva a quem a ela tenha direito.

Nesse contexto, o presente estudo parte de uma delimitação de conceitos que pretende situar o leitor quanto a temas relevantes que precisam ser esclarecidos para demonstrar sobre o que e em que limitações estamos falando quando tratamos da tutela executiva, da redação e interpretação do direito, bem como da colisão de direitos fundamentais que fatalmente ocorrerá nas lides executivas.

Em seguida, no segundo capítulo, apresentamos uma revisão bibliográfica de cunho histórico em busca da forma que a tutela executiva e o papel do juiz foram moldados em períodos históricos distintos. Acredita-se que essa exposição é capaz de demonstrar que em outras oportunidades as comunidades jurídicas já construíram e desconstruíram concepções

diversas da importância da figura do magistrado e da tutela executiva de modo praticamente cíclico quanto a atribuição de encargos do Poder Judiciário para garantir a produção de efeito dessas tutelas. Isso torna mais claro o caminho que estamos trilhando contemporaneamente nessa definição de conceitos e o que o art. 139, IV do CPC/15 sinaliza quanto às escolhas atuais do ordenamento brasileiro para essas definições.

No último capítulo há considerações mais específicas sobre a cláusula geral executiva e sobre o papel do magistrado contemporâneo. Noticia-se as relevantes e acaloradas discussões doutrinárias sobre a correta aplicação do dispositivo, o que inclui tanto aprovação e “esperança” quanto discordância expressa e total do dispositivo. Doutrinadores consagrados se posicionam de ambos os lados da equação. A constitucionalidade do artigo, atualmente sob *judice*, também é tratada em uma tentativa de expor razões para ambos os lados, ainda que a proposta final seja pela existência de adequação da norma com os preceitos constitucionais. Temos por fim, breves considerações sobre a necessidade de ponderação dos interesses pelo juiz que resulta na *obrigatoriedade* de uma decisão bem fundamentada para que seja possível haver um controle intersubjetivo das escolhas feitas pelo Poder Judiciário.

Para atingir essas finalidades o método utilizado será o dedutivo, firmado em pesquisa bibliográfica com a finalidade de fixar conceitos e demonstrar as discussões doutrinárias que permeiam a aplicação da cláusula geral executiva, sem dispensar o método indutivo necessário para realizar um breve apanhado de como o tema tem sido utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O trabalho se justifica diante das muitas questões que seguem em aberto mesmo com o debate contínua sobre o dispositivo. O instituto não é uma das muitas novidades trazidas pelo Código de Processo Civil, entretanto o tratamento por ele empregado fez renascer, com nova roupagem, discussões sobre a efetividade da justiça. Segundo a exposição de motivos do código, ele veio “resolver problemas” e está muito explícita a sua intenção de moldar um sistema mais capaz de proporcionar a satisfação dos direitos

2. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

No presente trabalho nos debruçaremos sobre a *cláusula geral executiva*, mais especificamente, sobre a contida no art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil. Ela, em termos gerais, confere um poder-dever ao juiz de determinar todas as medidas *necessárias* ao cumprimento de ordem judicial.

Em que pese não seja exatamente uma novidade do Código de Processo Civil de 2015, o instituto teve uma expansão, considerando sua formulação inicial no art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973 – modificado pela lei 8.952/94 – que oferecia essa possibilidade ao juiz exclusivamente nas ações que tinham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Ora, com a previsão atual do Código de Processo Civil de 2015, não há limitação: as medidas necessárias ao cumprimento da ordem judicial podem ser utilizadas em toda sorte de ações tanto em relação ao tipo de obrigação (dar coisa certa ou incerta, fazer, não-fazer, pagar quantia) quanto ao tipo de título executivo (judicial ou extrajudicial). Ainda, é preciso ressaltar que também há aplicação direta do instituto nas tutelas provisórias e cautelares.

Para alcançar os objetivos do trabalho começaremos nossa exposição delimitando alguns conceitos de relação direta a fase executiva e compromisso com o ideal da efetivação dos direitos, passando a uma digressão histórica que nos parece elucidativa quanto as transformações pelas quais a tutela executiva passou para, enfim, falarmos sobre o papel do juiz nos objetivos constitucionais e infralegais estabelecidos no ordenamento brasileiro.

2.1. Técnica Legislativa: Cláusula Geral

As *cláusulas gerais* são uma espécie de texto normativo que utiliza em sua redação uma linguagem intencionalmente vaga. Em razão dessa vagueza conceitual, essas normativas não são consideradas “norma *pronta e acabada*” demandando do intérprete (juiz) um *preenchimento valorativo*¹. FABIANO MENKE leciona que tais cláusulas representam a

¹ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista da AJURIS ano XXXIII – nº 103. Setembro de 2006. P. 74. O professor esclarece que a sua utilização dessas cláusulas se deu na Alemanha no final da segunda década do século XX, em meio ao *caos econômico* pós-Primeira Guerra Mundial. O Poder Judiciário foi chamado a intervir para corrigir iniquidades oriundas de negócios jurídicos firmados sem qualquer previsão de correção monetária que, diante da hiperinflação descontrolada, acabavam por ter seu preço completamente defasado de uma hora para a outra.

escolha por um sistema *aberto e móvel* que superou a ideia de que as codificações seriam capazes de resolver todos os problemas a partir do conteúdo de seus artigos². Em outros termos, é uma norma fluida em que o legislador concede ao juiz uma margem argumentativa para sua concretização. Para FREDIE DIDIER JR., o antecedente da norma (hipótese fática) é vago e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado³, portanto, a função do aplicador é preenchê-la com o suporte fático do caso concreto e determinar a consequência jurídica que ela acarretará⁴.

Essas considerações dão margem para o que JOSÉ MIGUEL MEDINA chamou de salto *de qualidade da atividade jurisdicional*: o legislador passa a formular regras de conteúdo variável e sentido indeterminado, forçando o juiz a ter maior grau de participação na resolução da demanda⁵. Associado a isso, também é preciso salientar que o fato de o sistema jurídico ser *permeado* por princípios⁶ exige que o juiz, em sua atividade cotidiana, pondere razões e fatos do caso concreto com fundamentação adequada e suficiente para a aplicação de normas complexas adaptadas especialmente ao caso concreto.

Desde início do século passado, a processualística tem reconstruído o significado da *interpretação* do direito que impacta diretamente na atividade jurisdicional, pois define qual é de fato o trabalho do julgador diante de um caso concreto. MITIDIERO, MARINONI E ARENHART dispõem que a norma jurídica é o *resultado* da interpretação e não o objeto desta, em razão da chamada *dupla indeterminação* do direito⁷. Nesse entendimento, quando o

Ainda, coaduna com Judith Martins-Costa quando afirma que, mesmo com a existência de cláusulas gerais no Code Napoléon, a Alemanha foi o primeiro país a utilizá-las “*enquanto* tal”. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista da AJURIS ano XXXIII – nº 103. Setembro de 2006. p. 70 e 91.

² MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista da AJURIS ano XXXIII – nº 103. Setembro de 2006. p. 69.

³ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Cláusulas Gerais e Ilicitude no Direito Privado in A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 102.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista Opinião Jurídico, n. 12, ano VIII. Fortaleza, p.118-130, 2010.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁷ Para aprofundar o assunto: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 47/52. E: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 387 e ss. Entendimento diametralmente oposto que enxerga esse argumento pela indeterminação do direito com muito cinismo está em STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011. “Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito. Isso se dá, basicamente, porque, como bem demonstra Losano, no século XX “a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”.

juiz *aplica o direito* ele está extraindo *consequências jurídicas* da incidência da norma em determinada situação⁸. A isso equivale dizer que o magistrado, em cada caso concreto, utiliza-se do texto (fonte primária produzida pelo legislador) para, através da interpretação, extrair uma norma jurídica. Ora, se interpretar é conhecer os significados possíveis, valorá-los argumentativamente e decidir por um deles, o papel do juiz na aplicação de todo o ordenamento jurídico é complexo. Complementando essas ideias, CAPPELLETTI sintetiza que não há norma jurídica sem uma dose de interpretação criativa:

“Por mais que o intérprete se esforce por permanece fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.”⁹ (grifo nosso).

Quando tratamos de cláusulas gerais isso se torna ainda mais claro, visto que o texto indica ao magistrado o caminho necessário à interpretação permitindo que *uma série de situações fáticas* possa “se submeter a um determinado tratamento jurídico a partir de um mesmo enunciado” que não possui seu significado limitado desde logo¹⁰.

Entretanto, o reconhecimento de que há por trás de todo ato de interpretação um *certo grau* de criatividade, não adstrito a um significado limitado do texto normativo, não pode ser entendido como uma afirmação de *total liberdade* do intérprete. Ainda que o juiz seja inevitavelmente criador do direito¹¹, principalmente considerando que a aplicação de uma

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 51.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 22.

¹⁰ CACHAPUZ, Maria Claudia. A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 103.

¹¹ Nesse sentido: “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo. [...] Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado a discricionariedade nas decisões judiciária”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42.

norma ao caso concreto poderá requerer ajustes no molde da norma, não o é de forma alguma livre de vínculos¹². Muito pelo contrário, é tarefa do intérprete aplicar as leis de modo que o todo o sistema valide sua escolha.

Outro ponto crucial, que eleva as cláusulas gerais a *enunciados dogmáticos especiais*¹³, está na abertura do sistema a valores ainda não expressamente protegidos¹⁴. Nesse sentido, é imperativo salientar a importância da jurisprudência na evolução do direito, ainda mais quando autorizada legalmente a valer-se das convicções e valores *atuais* da sociedade na decisão do caso concreto. Nesse sentido, a cláusula geral ao promover diretamente essa autorização ao juiz permite que as normativas, mesmo antigas, permaneçam plenamente funcionais¹⁵⁻¹⁶.

Para CÂNDIDO DINAMARCO, o juiz é um *autêntico canal de comunicação* entre a sociedade e o mundo jurídico¹⁷ e suas decisões têm repercussão na sociedade, motivo pelo qual eles possuem um dever de examinar a totalidade do meio social e econômico em que atuam¹⁸ para tomar decisões justas que possam ser plenamente efetivadas.

Em verdade, a técnica legislativa que produz as cláusulas gerais representa o reconhecimento da função criativa do juiz e, na esteira do objeto do trabalho, é o que permite falarmos de um sistema firmado na atipicidade nos meios executivos. Como se verá adiante, a diversidade de casos concretos possíveis e o incremento da atividade jurisdicional demarcou a

¹² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 24.

¹³ Expressão utilizada em Cláusulas Gerais e a Ilícitude no Direito Privado. CACHAPUZ, Maria Claudia. A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 113.

¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista Opinião Jurídico, n. 12, ano VIII. Fortaleza, p.118-130, 2010.

¹⁵ Nas palavras conceituadas de ARAKEN DE ASSIS: “Essa técnica legislativa tem dupla finalidade: por um lado, posterga o envelhecimento precoce da pauta de conduta, tornando-a flexível e adaptável às mudanças sociais, econômicas e políticas; de outro, e não em menor medida, reflete a ausência de consenso na sociedade pluralista, instituindo opções para os chamados *hard cases*”. ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro vol. II. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶ Para MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ, “ao criar uma cláusula geral, reconhece o legislador o campo fértil relacionado a eficácia de qualquer norma jurídica, capaz de atingir efeitos por vezes inimagináveis quando da etapa de sua elaboração. Dada a possibilidade de superação do próprio significado gramatical de um texto de lei pelos efeitos gerados ou identificados pelo simples desenvolvimento dos fatos – atingindo uma função semântica e analítica do texto – o legislador antecipa, por meio de cláusula geral, a intenção de progresso ao enunciado normativo”. CACHAPUZ, Maria Claudia. A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 107.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 241. Nota 80: O juiz, especialmente em tempos de crise e de mudanças como este em que vivemos, está sempre pressionado pelas forças opostas que caracterizam a já denunciada tensão entre a norma e a realidade.

¹⁸ MEDINA, José Miguel García. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

necessidade de conceder ao juiz poderes de adequação sobre o processo para que se alcance o fim almejado. Isso está presente em toda a atividade do Poder Judiciário, porém é ainda mais relevante na seara do processo executivo porque, em razão da sua natureza, é preciso que haja atividades posteriores do juízo que sejam capazes de traduzir a regra jurídica concreta em realidade, de modo que a situação de fato seja modificada para ficar *como deveria ser*¹⁹.

2.2. Processo de Execução

O processo judicial inicia-se com a provocação das partes ao poder estatal institucionalmente definido como apto para resolução de conflitos (Poder Judiciário). Para que o Estado-juiz chegue a uma decisão sobre a questão posta, há um considerável (e, por vezes, exaustivo)²⁰ procedimentos em que serão ouvidas as partes e utilizadas as ferramentas que o ordenamento jurídico prevê para a resolução dos conflitos. O juiz, enquanto condutor do processo, possui uma série de poderes e deveres e está encarregado, como terceiro imparcial e representante do Estado, de anunciar quais serão as condutas que devem ser tomadas para que o conflito tenha, ainda que teoricamente, uma definição: a isso chamamos de fase cognitiva, ou, simplesmente, processo de conhecimento. Ao final dessa fase, teremos uma *regra jurídica concreta*²¹ que determina, com base nos fatos apurados e nas previsões legais aplicadas, quem é o *vencedor* do conflito. Após essa definição, quando não houver cumprimento voluntário, será necessária a intervenção coativa do Estado para dar cumprimento à decisão, exigindo-se, na via jurisdicional, a atividade executiva.

Considerando que de todo processo se espera provimento ou providência do órgão jurisdicional para a realização do direito à prestação jurisdicional, a diferença entre o processo de conhecimento e o de execução está precisamente no fato de que no primeiro esse provimento é a sentença²²; e no segundo, é a medida prática (concreta, material) com que se

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 361.

²⁰ Ressalvado os casos de tutelas provisórias em que a cognição judicial, ainda que sumária, abrirá caminho para atos materiais capazes de concretizar o direito auferido.

²¹ Expressão largamente utilizada pela doutrina: ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 361.

²² Recorde o leitor que o presente trabalho está focado no processo executivo e apenas como modo de facilitar o desenvolvimento das ideias não está a se considerar as decisões interlocutórias parciais de mérito e demais formas de definição da lide existente em nosso ordenamento.

realiza a prestação correspondente ao direito do credor²³. Outra questão que se coloca é que os atos realizados pelo juiz em sede executiva são diversos: na fase cognitiva a missão judicial é *transformar o fato em direito*; na execução a tarefa é traduzir o direito em fatos²⁴.

Para os termos do presente trabalho, definiremos a atividade jurisdicional como a formulação de uma regra jurídica concreta imperativa, obtida através de cognição judicial, que será efetivada por meio de atos materiais e tem como resultado a prestação da tutela ao jurisdicionado. Nessa senda, a atividade jurisdicional não acaba na prolação da sentença²⁵: “o ofício jurisdicional só se considera cumprido e acabado com a realização do direito reconhecido na sentença”²⁶.

Alguns doutrinadores pátrios defendem que o processo de execução possui a satisfação do credor como *desfecho único*²⁷ sendo o seu resultado institucional sempre um e sempre favorável apenas ao demandante²⁸ – o que pode parecer correto no plano teórico, mas, certamente não é a realidade do nosso sistema de justiça. Essa afirmação, ainda que dotada de termos apenas teóricos, é oferecida porque o resultado visado no processo executivo é a concretização de direitos que já passaram pelo crivo do Judiciário e foram declarados a favor do credor. No entanto, esse objetivo de desfecho único não implica um procedimento sem contraditório e sem reconhecimento do executado enquanto sujeito de direitos. O que acontece, de forma geral, é que, em tese – principalmente quando tratarmos da execução de uma sentença judicial –, não haverá ampla discussão (ou rediscussão) sobre a existência e

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 137.

²⁴ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 105

²⁵ Lembre-se que estamos tratando de tutela executiva, para qual essa afirmação é verdadeira; de forma alguma está a se afirmar que a sentença não é capaz de, por si só, encerrar um conflito, pois tal é incorreto diante da eficácia imediata que possuem as sentenças de natureza declaratória e constitutiva.

²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Problema da Eficácia da Sentença in AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso orgs. Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

²⁷ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. P.151/152. Nesse sentido: “Na execução bem sucedida, o processo tem um desfecho único e é sempre favorável ao demandante, não se concebendo que a execução venha a produzir a satisfação de eventual pretensão do executado. Ela poderá chegar ao fim ou não chegar, sendo obstada pela ausência de algum pressuposto; poderá estar destituída de título, ou de alguma outra forma carecer o exequente de ação executiva; poderá falecer-lhe algum pressuposto processual, ou mesmo dela desistir. Seu resultado institucional, porém, é sempre um e sempre favorável apenas ao demandante”.

exigibilidade do direito exequendo²⁹ estando o contraditório limitado a questões atinentes ao modo e meios executivos³⁰.

Nesse sentido, após a declaração da regra jurídica concreta, *posterior e complementar*, apresentam-se dois caminhos: o cumprimento voluntário do vencido ou o cumprimento forçado que exigirá do juízo outros atos para a perfectibilização do comando judicial³¹. Nesse caso, o Estado, enquanto titular absoluto do poder sancionatório, promoverá ações predominantemente práticas voltadas à obtenção de resultado prático igual ou equivalente ao cumprimento espontâneo. Segundo LIEBMAN, a sanção executiva é uma medida empregada para proporcionar a satisfação coativa do direito do credor mediante o exercício do poder do órgão jurisdicional, superando o óbice da falta do adimplemento e sem depender da boa vontade ou colaboração do executado³² – da qual o juiz não é mais “refém”³³. Isso porque superada a concepção privatista de execução onde o próprio credor poderia agredir os bens do devedor; hoje, ele tem apenas o “*direito de pedir ao juiz que cuide disso*”, logo, apesar de não estar sujeito aos atos de agressão do credor, o devedor está à atividade executiva do órgão jurisdicional³⁴.

Para tanto, é preciso entender a jurisdição como atividade estatal destinada à *identificação e imposição do Direito*³⁵. Fato é que o Poder Judiciário está investido de legitimidade que proporciona a condição de forçar a observação do Direito e, em regra, possui

²⁹ Exceto, obviamente, na ação de embargos (arts. 914/920 do CPC/15) e possível impugnação do executado (art. 525, § 1º, CPC/15).

³⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O devido processo legal e a execução civil in Execução civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. O autor defende que “uma vez reconhecida a condição do executado, o contraditório fica reduzido à imposição de limites à atividade executiva propriamente dita”.

O Código de Processo Civil dispõe sobre a matéria: Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Mas, impõe no parágrafo único que ao “alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

³¹ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos” in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 117.

³² LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 266.

³³ MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do Juiz Hércules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. Revista de Processo – RePro Ano: 40 N°: 250. Dezembro de 2015. P. 437-460. Nesse sentido: “Fato é que, atualmente, para que a tutela específica seja efetivada, o juiz não é refém da vontade do devedor. Pode determinar astreintes, buscar e apreender coisas, comandar imissão na posse etc., contando, inclusive, com força policial.”

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 269.

³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

instrumentos que permitam a realização material dos direitos por ele declarados³⁶. Sendo o poder político (também e não só) “a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, há, ainda que implícita, alusão ao elemento *sanção*”³⁷. Apesar de não haver nas decisões judiciais “a carga total da demonstração de poder estatal”, é essencial considerá-las *ato de positividade do poder*³⁸ diante da sua imperatividade manifestada na aptidão para impô-las e na “impossibilidade em que se acha o submetido de subtrair-se desse poder”³⁹.

Entretanto, sendo a execução um *campo fértil para exageros de toda sorte*⁴⁰, é imperativo reconhecer que após a sentença – tendo sido concedido o direito à tutela ao exequente – há uma afetação nas posições jurídicas que as partes ocupavam: agora há desigualdade entre elas. Tal efeito, que podemos considerar inclusive um pressuposto da ação executiva, existe porque o exequente foi definido como vencedor do embate e agora, como continuidade à prestação jurisdicional, o juiz agirá buscando concretizar o direito reconhecido.

Ciente dessa desigualdade, é preciso buscar um processo que seja capaz de atingir seu “objetivo único” de satisfazer o direito do exequente, mas, que também não se exceda provocando danos injustificáveis na esfera pessoal e patrimonial do executado. Esse sistema mínimo de proteção ao executado foi construído através da percepção de que algumas *atitudes executivas* ao longo da história, como se verá a seguir, apresentavam diferentes valorações na fixação dos critérios executivos que nem sempre possuíam uma postura respeitosa para as partes e acabavam pendendo demais para um dos extremos: execução irrestrita ou nenhum efeito prático na execução.

Em verdade, quanto ao executado, ainda se espera que este suporte a execução, mas, apenas quando essa se der pelo meio menos gravoso e busque na esfera patrimonial e pessoal

³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 107.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 109.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 114-115.

⁴⁰ E aqui, é preciso louvar, como uma das frases mais acertadas sobre o tema. Recorrentemente é possível enxergar exageros na “defesa” tanto *da figura* geral do credor, quanto do devedor, o que provoca incoerências mil que resultam nos tantos processos não resolvidos pelo Poder Judiciário. AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e Execução da Sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

aquilo que é efetivamente devido⁴¹: integralmente satisfeito, recebendo tudo que tem direito de receber, mas também nada mais do que isso⁴². De forma alguma é possível esquecer que, mesmo existindo ao exequente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁴³, ao executado é facultado o direito (igualmente) fundamental a um processo adequado com todas as garantias do devido processo legal.

Do juiz, enquanto representante estatal no processo, espera-se uma conduta atuante e participativa – vinculada a ideia de colaboração presente no Código de Processo Civil – uma vez que deve conduzir o processo e zelar pelos bons resultados das atividades⁴⁴. Em razão da cobrança de uma postura positiva da jurisdição – do Estado de forma geral com a passagem para o *Estado de bem-estar social* – é necessário que o ordenamento preveja a possibilidade de adequação dos meios e procedimentos capazes de levar o processo ao seu fim constitucionalmente previsto. O Código de Processo Civil de 2015, através da cláusula geral executiva, teve como fundamento e validade a concessão desse poder.

2.3. Execução Forçada

A execução forçada é o procedimento a ser seguido nas situações em que, após a prolação da sentença, não há o cumprimento voluntário pela parte, ou seja: o título executivo e o seu respectivo inadimplemento são pressupostos obrigatórios. Ela é um conjunto de atos estatais que com, sem ou até contra a vontade do executado invade seu patrimônio para realizar o resultado prático desejado⁴⁵. Isso porque, nem sempre os indivíduos cumprem as suas obrigações de maneira que a ordem jurídica, para ser completa e eficaz, precisa conter

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 2ª edição. São Paulo: Edição Saraiva, 1963. p. 3.

⁴³ GUERRA pontua que: “Há na realidade, muito mais que uma mera opção terminológica em se referir à efetividade da tutela jurisdicional como um *direito fundamental*. É que, assim, todas as garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos principais ordenamentos jurídicos (principalmente no plano constitucional) como relacionadas com a efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídica especiais, próprios dos direitos fundamentais. A diferença, portanto, está precisamente, no diverso *status*, ou melhor, na maior *força jurídica* que adquirem essas garantias, ao serem caracterizadas como direito fundamental”. GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 49. Ainda, é preciso ressaltar que o fato de os direitos e garantias fundamentais possuírem aplicação imediata, não é possível atribuir-lhes função meramente retórica. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 244

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. P. 115

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 115.

em si aparelhamento destinado a forçar a obediência a seus preceitos⁴⁶. A execução forçada é essencial considerando que, conforme salientamos anteriormente, a satisfação do direito do autor não decorre da simples procedência da ação ou da declaração explícita do seu direito, mas sim, da prática de atos materiais que implique alterações no mundo dos fatos e que seja capaz de lhe outorgar o bem da vida⁴⁷.

Para LIEBMAN, a execução em sentido estrito na verdade é sinônimo de execução forçada⁴⁸, por ele definida como “a atividade através da qual os órgãos judiciários visam a produzir *coativamente* um resultado prático equivalente ao que outra pessoa deveria ter produzido em cumprimento a uma obrigação jurídica”⁴⁹. Com esse ensinamento já somos capazes de notar que o objetivo da execução forçada é produzir um resultado equivalente ao que a satisfação voluntária do direito proporcionaria e que o processo executivo cuida da *atuação da sanção*, estabelecida pela lei, quando há transgressão de uma regra jurídica concreta que exige determinado comportamento de uma pessoa (executado) em favor de outra (exequente)⁵⁰. Nesse sentido, a finalidade das sanções é dupla: restabelecer o equilíbrio da relação jurídica, perturbada pelo comportamento ilícito do executado, e operar como meio de pressão psicológica induzindo a sociedade que está sob sua influência, de modo geral, a cumprir espontaneamente suas obrigações⁵¹.

As sentenças de caráter condenatório, executivo e mandamental possuem uma peculiaridade em relação as demais sentenças (declaratória e constitutiva), pois, em razão da sua natureza, não possuem seu escopo atingido simplesmente com a sua prolação, exigindo atividades complementares do juízo para sua plena operatividade⁵². Considerando que o ato executivo tem o intuito de *adequar o mundo físico ao projeto sentencial*, o juízo, se valendo

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 2.

⁴⁷ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 104

⁴⁸ No seu entender, a execução voluntária ou espontânea é apenas uma forma de adimplemento. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 262.

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 262.

⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 263. Em que pese o eminente jurista declare que há uma *exigência de lógica e de justiça* garantindo que a declaração do direito preceda à sanção pela sua transgressão, ressalta que nem sempre a execução demandará um processo de conhecimento prévio, o que perfeitamente se encaixa na execução de títulos executivos extrajudiciais, por exemplo.

⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 2.

⁵² ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 104

da legitimidade e força do Estado, atuará na esfera jurídica do executado⁵³ que estará sujeito⁵⁴ às medidas estatais.

Isso porque, como bem pontua ARAKEN DE ASSIS, a *permanente e neutra* colaboração do executado, embora não impossível é improvável considerando que ele já descumpriu seu dever “no tempo, modo e lugar previstos” dando azo a uma ação judicial e, posteriormente da “definição” desta com a sentença, também não se adequou aos parâmetros estabelecidos pelo Estado-juiz. Em geral, ele não se curvará facilmente à realização da regra jurídica individualizada, fazendo-se necessário que a autoridade da decisão lhe seja imposta pela força e isso se dará através dos meios executivos⁵⁵.

Nesse sentido, a execução forçada pode prosseguir de duas formas: direta ou indiretamente e o que as diferencia é a *participação* do executado⁵⁶. Na primeira, o Estado-juiz substitui a vontade do executado⁵⁷, praticando uma conduta *em seu lugar* capaz de satisfazer o direito do exequente, ou seja, esse tipo de medida pode ser levada a termo mesmo

⁵³ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105. O autor pontua que essa atuação se dará no círculo patrimonial e pessoal, em razão da existência de meios coercitivos, nesse sentido, na p. 106 afirma: “Em toda execução há invasão da esfera jurídica do executado. Trata-se de algo mais amplo do que a simples ruptura do estreito círculo patrimonial. Ela é necessária à vista de certos bens personalíssimos (p. ex., “a intimidade”) e de alguns direitos dotados de valores expressivos (p. ex., o crédito alimentar). Com o propósito de atuá-los *in natura*, o CPC, conservadoramente, utiliza violenta pressão psicológica (*psychische Zwang*), culminada pela incidência de sanção pecuniária (*astreinte*: arts, 287, 461, §§ 5º e 6º, 461-A, § 3º, 621, parágrafo único, 644, 645) ou pessoal (prisão: art. 733, § 1º), o que, indubitavelmente, penetra na esfera jurídica do executado; porém, se o expediente tiver êxito, a execução atingirá o patrimônio.”.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição revistada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 238. A sujeição consiste na impossibilidade de evitar atos de exercício do poder, de modo que, nos limites do que for legítimo e necessário à satisfação do credor, o executado simplesmente suporta as medidas executivas até que cumpridos os objetivos da execução forçada. É preciso pontuar que não se trata da mesma *tolerância* que OVÍDIO assinala na execução romana, da qual em breve se dará notícia, mas uma que se origina do poder estatal e possui limites legais e constitucionais. O conceito é totalmente reformulado pelas verdadeiras revoluções que as declarações de direitos humanos proporcionaram na era moderna das quais também se dará notícia a seguir.

⁵⁵ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro vol. II. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. O autor pontua que serão através dos meios técnicos determinados na lei, porém, os meios executivos não são exaustivamente previstos na lei razão pela qual o legislador conferiu ao magistrado uma norma com natureza de cláusula geral capaz de utilizar a adequação e razoabilidade para propor um meio executivo mais efetivo as peculiaridades do caso concreto.

⁵⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5: execução. 7ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 50.

⁵⁷ MEDINA defende que “não se pode afirmar, sem reservas, que na execução por sub-rogação (ou execução direta) haveria efetiva substituição do executado pelo órgão judicial” seguindo o entendimento de Galeno de Lacerda: “em determinados casos, outrossim, não há substituição autêntica, seja porque, originariamente, estatal o pronunciamento (concebe-se arresto privado?), seja porque a solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes”. MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

contra a vontade do executado⁵⁸. Na segunda, através de medidas indiretas o Judiciário coloca o executado entre duas alternativas: satisfaz voluntariamente a regra ou *sofrerá mal maior*⁵⁹, ou seja, atuará *na vontade* do executado a fim de coagi-lo a cumprir a ordem judicial. Em suma, a atuação do juízo será instrumental para a satisfação do credor: por exemplo, em uma execução de quantia o juiz não paga, mas emprega meios a fim de obter do executado um equivalente jurisdicional do pagamento, com o cumprimento da obrigação⁶⁰.

Na execução direta, o Estado impõe-se imperativamente e prescinde da vontade e cooperação do executado – impossibilitado de impedir a realização das medidas, contanto que adequadas e legítimas, pois, caso se oponha injustificadamente ou lhe cause embaraços implicará em ato atentatório contra a dignidade da justiça⁶¹ ou ainda em caracterização do crime de desobediência⁶². Portanto, usa-se a expressão *execução direta* porque a execução em si não depende *do executado*, mas sim, da existência de bens em seu patrimônio⁶³.

Na execução indireta, o objetivo do meio executório reside no induzimento da vontade do executado⁶⁴, visto que para alcançar os objetivos do processo é necessário que haja cooperação do executado sendo essa obtida pelo Poder Judiciário através de sanções que podem ser de cunho positivo ou negativo. Há muito se notou que a concepção de direito está diretamente ligada a um sistema repressivo e vinculada quase que indissolavelmente ao direito à coação⁶⁵ e não há exemplo melhor de que tal entendimento ainda se faz presente do que a execução indireta. A ideia geral exposta por BOBBIO é que um ordenamento repressivo opera de três modos para atingir seu fim: tornar a ação *impossível, difícil e/ou desvantajosa*⁶⁶. Essa é precisamente a lógica que serve de pressuposto para a aplicação de medidas executivas

⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5: execução. 7ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 50.

⁵⁹ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro vol. II. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 88.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 238/239. O Código de Processo Civil é expresso quanto ao tema: Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais.

⁶² Tal matéria está disposta no Código Penal no art. 330 e prevê pena de detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

⁶³ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro vol. II. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁴ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro vol. II. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p. 7.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p. 15. A fórmula de Bobbio se apresenta da seguinte maneira: “Se fazes A, deves B” / “Se não queres A, deves B”.

indiretas: em caso de não cumprimento da decisão do Estado-juiz o recalcitrante terá uma série de desvantagens que fazem – ou, pelo menos, essa é a meta – com que o cumprimento da ordem judicial seja a melhor opção.

Na prática forense, no entanto, essa divisão não é tão bem delimitada. Em uma mesma execução é possível que o juízo atue de forma direta e indireta, a depender do desenvolvimento do processo e dos resultados que forem obtidos através dos meios executivos. Nesse sentido, para que se retire a maior efetividade de um processo executivo é preciso que a medida executiva escolhida seja a melhor e mais adequada para cada situação concreta⁶⁷.

No direito brasileiro, as medidas executivas podem ser classificadas de forma que na execução direta ou por sub-rogação possa haver a) expropriação b) desapossamento ou c) transformação. Por sua vez, na execução indireta poderá haver coerção de natureza a) patrimonial ou b) pessoal. Todas essas medidas estão dispostas no ordenamento de forma que possuímos um *modelo típico, temperado pela atipicidade das medidas executivas*⁶⁸ que tem como fundamento a necessidade de ser um sistema processual eficiente com vistas a real efetivação do direito material⁶⁹.

2.4. Medidas Executivas

Mesmo diante das admoestações anteriores, sobre a importância da efetivação dos direitos, a tutela jurisdicional executiva não deve ser estudada apenas como resultado, mas também sob o prisma dos meios que fazem possível a sua consecução⁷⁰. É preciso reconhecer que a excelência na prestação da tutela depende, *fundamentalmente*, da existência de meios

⁶⁷ A doutrina passa então a formular parâmetros para auxiliar o juiz nessa escolha. MEDINA, por exemplo, elegeu alguns parâmetros para essa definição: a) saber se a satisfação do direito depende ou não da participação do executado; b) identificar se a participação do executado é imprescindível, ou oportuna; c) se a participação do executado é totalmente inconveniente; d) se, embora possível, a atuação do executado é irrelevante ou está em segundo plano. MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁶⁹ A comissão de juristas assim o afirmou na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. [...] Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.”. Em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>, acesso em 30.05.2019.

eficazes a fim de promover a adequação dos meios aos fins⁷¹.

Em que pese a diferenciação feita entre meios executivos diretos e indiretos, existe uma nota comum a todos atos executivos: invasão da esfera jurídica do executado⁷². Isso porque, a inércia, ou ainda, a *resistência* do executado tem como fulcro dificultar – ou tornar impossível – a atividade executória⁷³ exigindo do Poder Judiciário atos capazes de deslocar coativamente pessoas e coisas, bem como possibilitar a transferência de valores (do executado) para outro círculo patrimonial (do exequente), quando o caso concreto assim exigir. Esses atos se encadeiam ao longo do processo e são articulados através da escolha dos meios executórios que serão utilizados⁷⁴.

As medidas executivas, portanto, não são um fim em si mesmas, mas meios utilizados para proporcionar a consecução da tutela do direito⁷⁵, ou seja, na perspectiva instrumentalista do direito processual, elas representam os meios processuais para alcançar a perfectibilização da tutela dos direitos materiais. Na teoria instrumentalista de DINAMARCO é muito importante ter em mente o significado teleológico das ciências jurídicas na busca pela qualidade das *soluções propostas* e a *eficácia do sistema processual* na persecução dos seus objetivos tendo em conta *o papel que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade*⁷⁶: ser um instrumento capaz de garantir a efetivação dos direitos.

Visto que o presente trabalho tem como objetivo a discussão e análise da cláusula geral processual contida no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, e que sua utilização de maior relevo e polêmica está no campo das medidas não previstas no ordenamento, concentraremos nossa atenção nas medidas de cunho indireto. Através da compreensão da sua finalidade e forma de atuação é possível, de maneira mais consciente, definir se sua aplicação deve ser incentivada ou temida.

⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁷¹ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 80. O autor reputa como exagero a preocupação excessiva por parte da doutrina em eliminar o processo de execução, enquanto ação completamente autônoma, afirmando que “a deficiência na prestação da tutela executiva sempre é, no fundo, um problema de adequação de meios e fins”.

⁷² ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 148.

⁷³ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos” in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 125.

⁷⁴ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 148.

⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 99.

A origem das medidas indiretas, no direito moderno, se encontra nos remédios formulados pela *courts of equity* do direito inglês e posteriormente no modelo norte-americano das *injunctions*. As *injunctions* foram modeladas pelas cortes americanas para obrigar as partes recalcitrantes a satisfazerem certos deveres legais específicos⁷⁷. O desrespeito a elas autoriza o emprego dos poderes do instituto denominado *contempt of court* que pode ser utilizado, sobretudo enquanto medida coercitiva caracterizadora de execução indireta⁷⁸. Seu objetivo nessa atuação específica é “assegurar que a justiça substancial seja alcançada sem ser perturbada por cínicas táticas obstrutivas, como dissipação de bens, destruição de provas ou evasivas pessoais da jurisdição”⁷⁹.

Algo interessante de se pontuar no instituto é que apesar de o *contempt power* possuir previsão legal expressa, o seu fundamento jurídico de validade não advém delas, e sim, da própria existência do Poder Judiciário, ou seja, é um poder *inerente* à instituição desse⁸⁰. Sua teoria foi elaborada pelos próprios tribunais, o que explica a sua gênese no sistema da *common law*, afinal, esse sistema de direito historicamente optou pelo princípio da adequabilidade da execução apresentando “estreita conexão entre formas de execução e natureza das situações substanciais tuteláveis”⁸¹ o que pressupõe um sistema flexível e maleável pelo aplicador.

Note a diferença: o *contempt of court* é derivado do “poder judicial” dos órgãos jurisdicionais⁸² enquanto o sistema brasileiro de medidas indiretas é uma *autorização legislativa*, feita ainda no período de reformas do Código de Processo Civil de 1973, diante da evidente incapacidade do código de prever todas as possibilidades que poderiam se apresentar ao juiz no caso concreto. Como esperado de um sistema baseado na *civil law* foi preciso que a

⁷⁷ GRECO, Leonardo. Coações Indiretas na Execução Pecuniária in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 396.

⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 71. Também, mas não só, visto que seu caráter não está limitado à garantia da execução específica. Em verdade, ele é utilizado principalmente para preservar a autoridade dos tribunais e garantir a prestação da tutela jurisdicional sendo a sua tradução literal *desprezo à corte*, ou ainda *desacato ao tribunal*. Essas ofensas à autoridade judiciária são puníveis de maneiras diversas e severas, das quais GRECO destaca: multa, prisão, apreensão de bens pessoais e sociais.

⁷⁹ GRECO, Leonardo. Coações Indiretas na Execução Pecuniária in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 396.

⁸⁰ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 90.

⁸¹ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados In Processo Civil Comparado: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 88.

⁸² GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 91

lei prevesse a possibilidade de o juiz ter certa margem de interpretação sobre si, o que apesar de conceder um poder considerável ao magistrado também acaba por limitá-lo ao estabelecer as demais normativas que compõem o sistema, possibilitando a existência de parâmetros, em alguma medida, explícitos e racionais.

As medidas indiretas têm como fulcro tornar uma conduta *difícil* ou *desvantajosa* influenciando o comportamento do executado, “obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis”⁸³; essa técnica de desencorajamento pode ser realizada através da ameaça de uma pena ou apenas ao tornar o *próprio comportamento mais penoso*⁸⁴. A ideia que permeia o uso dessas medidas é que o juiz será capaz de sobrepujar os empecilhos que o executado pode vir a opor à concretização da tutela executiva mais facilmente.

Seguindo o caminho traçado anteriormente, trataremos das medidas indireta podem se valer de mecanismos de coerção, patrimoniais e pessoais. A coerção patrimonial é plenamente aceita. Com efeito, é considerada um verdadeiro princípio da execução⁸⁵. Como era de se esperar de um sistema jurídico civilizado, proibida as execuções sobre a pessoa do executado que, como veremos, já foi objeto da atividade executiva em outros sistemas, optou-se por procedimento de responsabilização que grava o patrimônio: o executado responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações (art. 789, CPC).

Já a coerção pessoal, como utilizada hoje, deve ser entendida como pressão psicológica infringida ao devedor para induzi-lo a realizar a prestação devida⁸⁶. Essas medidas ainda que não atuem na obtenção da tutela propriamente dita⁸⁷, ao agir na vontade do executado, se mostram por vezes a (única) forma de ver o direito tutelado satisfeito. O objetivo é fazer com que o sujeito não possa escolher *subtrair-se* do cumprimento da decisão porque é mais vantajoso ou porque não lhe gera qualquer consequência, o que se tornou muito frequente com o desenvolvimento da teoria da intangibilidade humana.

⁸³ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p. 16

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p. 17.

⁸⁵ Praticamente pela unanimidade dos doutrinadores, ainda sim, cita-se: CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

⁸⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 34.

⁸⁷ LIMA, Rafael de Oliveira. A atipicidade dos meios executivos no código de processo civil brasileiro de 2015. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 261 – 282, Jul/Dez., 2016.

Essa pressão psicológica é exercida, em maior ou menor intensidade, pelos mais diversos institutos jurídicos⁸⁸ considerando que o Direito reage contra as situações definidas como socialmente indesejáveis com atos de coação: “um mal” aplicado ao destinatário de conduta assim considerada, uma sanção, que só haverá margem para o uso de coação caso a efetivação do Direito encontre resistência⁸⁹ porque à ordem jurídica é reconhecido o poder de limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo, garantido o mínimo de liberdade inalienável⁹⁰.

Sendo um meio para alcançar a efetividade da tutela, as medidas coercitivas estão instrumentalmente vinculadas à perspectiva de cumprimento da ordem judicial⁹¹. Sendo meio, é preciso pontuar que elas não podem ser utilizadas como *penalidade* ou *castigo* ao destinatário da ordem⁹². Tais considerações podem ser feitas com tranquilidade porque as desvantagens infringidas através dessas medidas só podem durar *até a realização da prestação devida*⁹³. Também não possuem finalidade ressarcitória visto que podem ser cumuladas com a reparação de danos decorrentes do inadimplemento, bem como são aplicáveis em situações concretas em que não há nenhum prejuízo ressarcível para o credor⁹⁴.

Elas afirmam a autoridade do Poder Judiciário ao influir diretamente na eficácia das decisões proferidas por ele, demonstrando àqueles que não acatam suas ordens – de forma direta ao executado desobediente, e indiretamente para toda a sociedade que está sob sua jurisdição – que tal conduta não é aceitável e que, se no futuro outra pessoa vier a repetir tal conduta, será igualmente punido⁹⁵.

⁸⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.34

⁸⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35/36.

⁹⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 48.

⁹¹ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 781.

⁹² TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 781. “O sacrifício que se lhe impõe não é castigo nem visa à sua educação”.

⁹³ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 37.

⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

Porém, o que se busca aqui não é uma *resposta severa* ou notadamente exemplar, mas eficaz. TALAMINI ressalta que, nesse caso, severidade e eficácia não se identificam *necessariamente*⁹⁶: a desproporcionalidade da medida cominada tende a não ser eficaz visto que a excessividade da medida pode levar a um “ponto sem volta”, momento em que a medida não é mais capaz de exercer sua tarefa de pressionar o agente. Isso pode ocorrer quando há a percepção de que a medida não será mantida no grau superior em razão da sua estrondosa desproporção e “uma vez formada essa convicção, o mecanismo de pressão cai por terra”⁹⁷.

A opção por um sistema executivo típico está alicerçada no princípio da legalidade⁹⁸ e tem como finalidade garantir aos jurisdicionados previsibilidade sobre as medidas que o magistrado pode vir a tomar no caso concreto. A ideia é que se as sanções e procedimentos estão, o máximo possível previstos em lei, há a diminuição do *arbitrio judicial* e preservação da certeza e segurança jurídica⁹⁹. A existência de um rol expresso de medidas executivas permite ao jurisdicionado antever certas situações e pautar seu comportamento – inclusive, compondo estratégias de ação – diante da execução.

Por mais que se possa – talvez até deva – pontuar que essa garantia de previsibilidade é positiva diante da força e monopólios detidos pelo Estado, também é preciso dizer que com o aumento da complexidade das relações e necessidades humanas os casos concretos que chegam às portas do Poder Judiciário tornaram-se muito diversificados o que acabou transformando o princípio da tipicidade dos meios executivos em algo que não é mais capaz de promover a execução dos direitos. Se, como definiu KELSEN, o tribunal precisa verificar, no caso, a existência *in concreto* dos pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral¹⁰⁰, é imperativo enxergar a função jurisdicional sumariamente ligada às peculiaridades dos casos concretos.

⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 782/783.

⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 782/783.

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 788.

⁹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

⁹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264.

Em verdade, a falência do princípio da tipicidade dos meios executivos está diretamente relacionada à sua premissa fundamental de que *as necessidades oriundas das várias situações de direito material* podem ser tratadas de forma igual, ou seja, podem alcançar seus diferentes objetivos através de meios executivos iguais¹⁰¹. A sistemática da tipicidade dos meios executivos também está diretamente ligada ao objetivo moderno de controlar o poder do juiz, garantindo a intangibilidade da esfera de autonomia do executado que somente poderá ser invadida pelos mecanismos executivos expressamente previstos em lei¹⁰².

Veja que, diante da gama considerável de peculiaridades e diferenças entre os casos apresentados ao Poder Judiciário, é muito provável que os sistemas típicos revelarão lacunas graves (e intoleráveis¹⁰³) à consecução da tutela jurisdicional efetiva que é um direito fundamental. Para que isso não ocorra, tornou-se imprescindível que o juiz tenha certa flexibilidade ao exercer seus poderes executivos¹⁰⁴, o que promove uma mudança de paradigma que encontra no princípio da atipicidade um meio para atingir seu objetivo.

Importa salientar que o sistema brasileiro não fez uma substituição completa de um sistema típico para um atípico. Ainda há uma série de previsões quanto a meios típicos largamente utilizados. No entanto, o reconhecimento de que as situações que ocorrem no caso concreto podem não estar plenamente previstas no ordenamento, deram ao juiz uma margem argumentativa, nos termos da cláusula geral 139, IV, CPC/15, que, deve demonstrar através da fundamentação de suas escolhas (porque a atipicidade executiva não deve significar ausência de parâmetros¹⁰⁵) a presença de peculiaridades que demandam outras medidas, para curvar à vontade do executado às exigências definidas quando da prolação da sentença.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em 15/04/2019.

¹⁰² MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰³ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em 15/04/2019.

¹⁰⁵ MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 566/567. O autor pontua que “uma decisão fundamentada que é imprescindível. O debate com as partes é importante para se descobrir por qual razão o procedimento típico mostrou-se contraproducente”.

Para tudo que foi dito, a intenção é pontuar que já não basta apenas decidir; essa decisão precisa ser efetiva e, para isso, o juiz utilizará uma série de medidas com o fito de encontrar a mais eficiente para esse fim¹⁰⁶. Isso se torna um desafio porque, em um sistema de atipicidade, há multiplicidade de medidas executivas que podem ser aplicadas (na medida da criatividade do juízo), bem como de formas distintas para sua aplicação, o que exige do magistrado uma decisão fundamentada, demonstrando a importância do bem jurídico a ser tutelado e definindo a intensidade das medidas em razão disso¹⁰⁷.

Veja, o que se espera do ordenamento brasileiro, contando com medidas de caráter sub-rogatório e medidas coercitivas é que o sistema seja munido de instrumentos tais que possam ser suficientes para o desenvolvimento apropriado do processo judicial proporcionando ao juiz (a) meios sub-rogatórios adequados e aptos a realizar a execução direito de qualquer direito consagrado em título executivo, sempre que essa forma de execução atingir os objetivos necessários e (b) que ele possa se valer de meios coercitivos eficazes, aptos a realizar a execução indireta, sempre que tal modalidade de execução revelar-se mais adequada para proporcionar a satisfação do direito do credor, do que a execução direta¹⁰⁸.

Algo de fundamental importância, da qual o juiz nunca pode olvidar-se ao estabelecer uma medida executiva atípica, é que essa margem de liberdade concedida pelo ordenamento não pode ser utilizada para contrariar a lei ou os princípios gerais do sistema¹⁰⁹ e que os meios devem ser aplicados tendo como parâmetro o postulado normativo da proporcionalidade que definirá se o meio (medida concreta) é capaz de levar a realização do fim (resultado concreto) através dos exames de verificação da *adequação* (o meio promove o fim?), da *necessidade* (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

¹⁰⁶ MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do Juiz Hércules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. Revista de Processo – RePro, Ano: 40, Nº: 250. Dezembro de 2015. P. 437-460.

¹⁰⁷ “A maior importância do bem jurídico protegido poderá justificar a maior gravidade da medida executiva empregada”. MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 56.

¹⁰⁹ LIMA, Rafael de Oliveira. A atipicidade dos meios executivos no código de processo civil brasileiro de 2015. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 261 – 282, Jul/Dez., 2016.

2.5. Colisão de Direitos Fundamentais

É preciso reconhecer que quando tratamos de processo executivo estaremos invariavelmente expostos a colisões de direitos fundamentais. Isso porque o direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva é a positivação de um direito que vincula todos os poderes estatais¹¹⁰ e sempre estará presente, da formulação à resolução da lide executiva. Para atribuir e proteger os direitos previstos no ordenamento é preciso que, no plano processual, se atenda a exigência de um procedimento justo e adequado com pleno acesso à jurisdição e realização definitiva do direito material reconhecido, do contrário as declarações de direitos seriam fórmulas vãs¹¹¹.

Nesse sentido, a aplicação de medidas coercitivas operará entre dois ou mais direitos fundamentais e, por causa disso, a solução não poderá ser a simples escolha entre um deles. GUERRA recorda que mesmo quando direitos fundamentais entram em conflitos, eles permanecem sendo individualmente mercedores de proteção¹¹², entretanto, inevitavelmente a norma que solucionar esses conflitos latentes acarretará, em alguma medida, limitações à concretização desses direitos¹¹³.

Para ALEXY, a existência de direito fundamental implica a formulação de uma *norma de direito fundamental* que, como todas as outras existentes nos sistemas jurídicos, precisam ser classificadas *ou* como regra *ou* como princípio. Entretanto, essas normas são reconhecidamente dotadas de uma formulação que diverge do conjunto dessas categorias o que significa que compreendê-las apenas como regras ou como princípios não é suficiente¹¹⁴. Por essa razão, ALEXY afirma que essas normas possuem um *caráter duplo* de modo que ambos os níveis encontram-se nelas reunidos: são regras porque prescrevem um comportamento expressamente previsto num dado ordenamento, mas, por outro lado, possuem uma estrutura que faz sobressaltar um caráter principiológico¹¹⁵, atuando igualmente

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 29.

¹¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

¹¹² GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 168.

¹¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 9.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 144.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 86

com o fito de prescrever um fim a ser alcançado (conceito que envolve mais generalidade do que a indicação um comportamento específico)¹¹⁶. O modelo adequado, portanto, é atribuir-lhes uma natureza simultânea de regra e de princípio.

A distinção entre regra e princípio, assunto que por si só já preencheu muitíssimas páginas na ciência do direito, nos interessa objetivamente para definir como se dará a resolução das colisões entre eles. A teoria de ALEXY ovacionada, mas também criticada¹¹⁷, define que um conflito entre regras impõe que, a uma delas, acrescente-se uma cláusula de exceção (ex.: é proibido sair da sala antes que o sinal toque, exceto, se soar o alarme de incêndio) ou, que essa seja declarada inválida com sua consequente extirpação do ordenamento¹¹⁸. Já a colisão entre princípios segue ditames distintos: um dos princípios terá que ceder, entretanto isso não resulta a sua invalidade. Isso porque, diante de determinadas situações do caso concreto, um terá *precedência* em face do outro, tanto é assim em situação diversa o mesmo conflito poderá ser solucionado de forma oposta. Portanto, os princípios possuem pesos diferentes e o que tiver, no caso concreto, maior relevância terá precedência¹¹⁹, ou seja: SE o princípio P1 colide com o princípio P2 E sob a condição C no caso concreto há razões para que P1 prevaleça sobre P2, ENTÃO P1 terá um peso maior que P2¹²⁰. A isso segue que mesmo quando duas normas, isoladamente consideradas, levem a resultados contraditórios, nenhuma delas será inválida, nem possuirá uma *precedência absoluta* sobre outra¹²¹.

Uma compreensão necessária e que certamente dificulta a aplicação desses conceitos está no fato de, em quase todas as situações, os direitos fundamentais são antinômicos: a *realização integral de uns impede a realização integral de outros*. Tal afirmação decorre do fato de que quanto mais aumentam os *poderes* dos indivíduos mais diminuem as *liberdades* desses mesmos indivíduos em relação aos demais¹²². Portanto, os direitos fundamentais não possuem um fundamento *absoluto* porque nenhum deles poderá ser inquestionável e irresistível sempre¹²³. Isso nos alerta: quando houver uma colisão de direitos fundamentais,

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 141.

¹¹⁷ Uma exposição interessante sobre o assunto está na obra: TREVISAN, Leonardo Simchen. Ponderação, argumentação, racionalidade: Robert Alexy e seus críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 92.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 94.

¹²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 97.

¹²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 101.

¹²² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21.

¹²³ Por estarmos enfrentando questões relativas ao processo e direito civil tal afirmação é mais confortável porque normalmente não teremos na balança direitos fundamentais como o direito à vida ou a integridade física em um dos polos do conflito que certamente terão precedência praticamente absoluta nas colisões das quais

não haverá um fundamento absoluto de *um* direito fundamental que evitará a necessidade de ponderar. ALEXY afirma expressamente que não há catálogo de direitos fundamentais que não apresente, internamente, colisões complexas que exigem do intérprete a identificação clara dos elementos que compõem a colisão¹²⁴.

A colisão entre direitos fundamentais, assim como ocorre entre princípios, é essencialmente resolvida através da ponderação¹²⁵. Pois bem, tarefa árdua possui o magistrado que deve buscar nas peculiaridades do caso concreto uma solução que preserve, ao máximo possível, a proteção de *todos* os direitos fundamentais em jogo¹²⁶.

Elemento essencial na atividade da ponderação a ser realizada no processo judicial está na definição da intensidade a ser utilizada na intervenção: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹²⁷. ALEXY divide a “lei do sopesamento” em três passos. No primeiro avalia-se o “grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios”; depois, a importância da satisfação do princípio ou direito fundamental colidente e, por fim, pondera-se se a importância da satisfação do direito colidente *justifica* a afetação ou não-satisfação do outro direito¹²⁸. No entanto, mesmo tendo critérios específicos para aplicação, a figura da ponderação e do sopesamento, aparentemente tratadas como sinônimo, recebem duras críticas: “onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos”¹²⁹.

ALEXY defende uma teoria *moderada* do sopesamento afirmando que essa atividade, apesar de nem *sempre* determinar um resultado racional, é apta para consegui-lo em alguns casos, casos esses que se mostram suficientemente interessantes e são capazes de justificar o uso do método¹³⁰. Continua asseverando que aquelas objeções só serão procedentes caso elas estejam afirmando que, em razão da discricionariedade de quem está exercendo a ponderação, esse procedimento não irá apresentar “em todos e qualquer caso” um resultado *único e inequívoco*. Por outro lado, caso dessas objeções se conclua que a ponderação é um procedimento *não-racional* ou *irracional*, elas se mostram equivocadas¹³¹, pois o modelo

participem. Tais afirmações sobre a inexistência de fundamentos absolutos provêm de BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 22.

¹²⁴ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 57.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 64.

¹²⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 168.

¹²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 167.

¹²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 594.

¹²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 164.

¹³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 594.

defendido pelo autor se contrapõe ao modelo decisionista e está baseado na necessidade de fundamentação. Esse modelo fundamentado proporciona a distinção “entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação”, ou seja, o sopesamento será racional se a enunciação de suas escolhas puder ser justificada através de uma fundamentação racional¹³².

O modelo de ponderação proposto por HUMBERTO ÁVILA, embora apresente outros critérios, também possui três etapas fundamentais que constituem-se na (1) preparação da ponderação que envolve a análise de todos os elementos e argumentos, “o mais exaustivamente possível” a que se segue (2) realização da ponderação em si onde se fundamenta a relação estabelecida entre os elementos que estão sendo ponderados para, ao final, proceder-se a (3) reconstrução da ponderação onde haverá a formulação de regras relacionais entre os elementos objeto do sopesamento com a pretensão de imprimir-lhe validade para além do caso¹³³.

O que une esses modelos e tantos outros, é a intenção de propor critérios a fim de garantir maior racionalidade e menor subjetividade à atividade de ponderar. Ambos propõem uma estrutura que liga a argumentação e a fundamentação na proposta de um procedimento racional. Ainda assim, LENIO STRECK afirma que as decisões fundadas em ponderação são apenas “um meio para o exercício de discricionariedade do julgador” e que sua indeterminação é capaz de fazer com que casos idênticos recebam decisões diferentes¹³⁴ podendo resultar no tratamento de direitos constitucionais em “valores negociáveis”¹³⁵.

A cláusula geral executiva, objeto do trabalho, também é atingida com críticas muito similares: sua redação em forma de cláusula aberta é acusada de dar vazão a decisões carregadas de discricionariedade justamente por exigir do magistrado a atividade de ponderação, a elas nos ateremos em seguida.

¹³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 164.

¹³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 165.

¹³³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 95/96.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011. p. 55.

¹³⁵ TREVISAN, Leonardo Simchen. Ponderação, argumentação, racionalidade: Robert Alexy e seus críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017. p. 151.

3. HISTÓRIA DA EXECUÇÃO CIVIL

Os desafios que o direito enfrenta para acompanhar a dinâmica da sociedade nos tempos modernos são diversos. Entretanto nem todos esses desafios são tão recentes assim. Alguns, em razão da sua complexidade, nos acompanham desde as primeiras civilizações que passaram a utilizá-lo como instrumento de ordenação social. Pretendemos nos debruçar exatamente em um desses desafios: a efetivação da tutela executiva. Serão feitos alguns recortes a fim de que possamos tratar com maior profundidade certos aspectos desse tema. De extrema relevância para o objetivo final deste trabalho, é entender qual o papel que o magistrado ocupou e quais eram as suas atribuições na persecução da tutela executiva.

Em geral, compactuamos com a ideia de que quanto mais soubermos do passado melhor entenderemos o presente (e seremos capazes de fazer uma projeção mais fidedigna do futuro) e, nesse caso específico, tal afirmativa não poderia ser mais verdadeira. A intenção dessa digressão histórica, portanto, é demonstrar como os “erros” e “acertos” do passado explicam perfeitamente nosso *modus operandi* enquanto sistema; aspectos relevantes, outrora obscuros, tornar-se-ão perfeitamente claros quando refletidos sobre o panorama histórico. Em verdade, é possível notar praticamente um padrão cíclico nos encargos do juiz perpassando pelas mudanças sociais que respectivamente provocam e, por certas vezes, exigem alterações na postura do magistrado e na forma de condução do processo executivo.

Para prosseguirmos nesse objetivo, é preciso estabelecer uma premissa: os problemas oriundos da efetivação da tutela executiva não podem ser entendidos como *erros de técnica processual típica de um ordenamento*¹³⁶. Ainda hoje o tema representa um desafio para todos os ordenamentos, visto que utilizar os instrumentos jurisdicionais para assegurar uma tutela eficaz dos direitos permanece sendo uma tarefa de difícil execução.

3.1. Direito Romano

¹³⁶ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados In Processo Civil Comparado: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 86/87. Admoestação inicial do mestre continua: “Desse ponto de vista, trata-se de um problema de grande complexidade, porque o diferente comportamento das formas de tutela retroage, por um lado, sobre a individualização das situações substanciais efetivamente tuteláveis e, por outro, é condicionado na medida em que os remédios executivos devem adaptar-se às necessidades de atuação ligada às várias situações substanciais. Além disso, tem-se idêntica complexidade naquilo que concerne ao papel dos órgãos jurisdicionais, variando o âmbito das escolhas que o legislador reserva a si mesmo ou remete ao juiz no momento do emprego do remédio executivo ao caso concreto”.

Apenas para termos de delimitação teórica, partiremos do direito romano como “princípio”, dada a extrema relevância desse sistema que, nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA SILVA, representa o *verdadeiro paradigma* que delimita e condiciona os demais conceitos e institutos do direito processual moderno¹³⁷.

A sociedade romana possuía inicialmente um sistema de autotutela¹³⁸, porém marchou segura em direção ao monopólio estatal construindo as bases de conceitos que ainda hoje estão muito presentes na cultura jurídica moderna, e talvez o quão bem-sucedida ela foi nessa escolha seja o que a eleva ao patamar referido por OVÍDIO. Exemplo disso é o conceito de “jurisdição” romano, que pode representar, com efeito, um indicativo do porquê a execução é relegada a segundo plano: a *iurisdictio* romana se perfectibilizava com o processo de conhecimento enquanto ato de inteligência resultante da declaração de direitos, realizada pelo magistrado, ao passo que o processo de execução era considerado um simples *ato de vontade* do pretor, uma demonstração do *imperium*¹³⁹.

Para compreendermos as mudanças que o processo romano passou será necessário fazer uma pequena exposição dos seus três grandes períodos: *legis actiones*, *per formulas* e *extraordinaria cognitio*¹⁴⁰.

O sistema romano (mais primitivo) da *legis actiones*, era pautado pelo formalismo excessivo e marcado pela tipicidade que apresentava uma estrutura individualizada para cada uma das situações jurídicas expressamente reconhecidas; essa rigidez era tamanha que as ações se conformavam única e exclusivamente às palavras das próprias leis, conservando essas um caráter de imutabilidade¹⁴¹. Outro elemento importante está na sua conexão com a religião: na época, os detentores do “saber o direito” eram os sacerdotes da igreja que auxiliaram o governante a ditar o comportamento dos demais cidadãos¹⁴².

¹³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 17.

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 30/31. A autotutela é um sistema em que o indivíduo utiliza a sua própria força para garantir seus direitos. Em algumas situações históricas essa era a única forma de defender os interesses privados. É facilmente identificável que tal sistema está sujeito a grandes erros, dos quais CÂNDIDO DINAMARCO sinaliza os excessos cometidos e a falta de proteção aos direitos de quem *não tinha força suficiente para arrebatá-lo do adversário o que lhe era devido*.

¹³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 18.

¹⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P 35.

¹⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 44/45.

Esse papel de destaque dos sacerdotes será substituído, nas derradeiras décadas da realeza e na constituição da política republicana, pela figura dos magistrados públicos que receberam, apesar de mais limitada e restrita, parcela do *imperium* até então exclusiva do governante¹⁴³.

O processo romano, desde a *legis actiones* até o fim do processo formular, funcionava em duas fases distintas e sucessivas: *in jure* e *in iudicium*. Na primeira, o interessado (credor) devia, através exclusivamente de meios próprios¹⁴⁴, levar seu adversário (devedor) até a presença do pretor para ali, pública e formalmente, formalizar sua pretensão. A tarefa do pretor era “organizar” a controvérsia, ou seja, conhecer o conflito e traduzi-lo em termos jurídicos – por isso o uso da expressão “dizer o direito” – transformando-o em uma questão judicial. A perfectibilização desses atos de definição da controvérsia conduziam ao *iudicium*, a segunda fase, em que a lide era transferida ao juiz, que recolheria provas e proferiria uma sentença ao caso concreto¹⁴⁵. Após a sentença, que não possuía qualquer exigência de fundamentação, o processo chegava ao fim impedindo o estabelecimento de uma nova *legis actio* sobre a mesma *res in iudicium deducta*¹⁴⁶.

A típica ação de execução da época era denominada *manus iniectio* e tinha como pressuposto o inadimplemento de uma obrigação estabelecida em sentença¹⁴⁷. Funcionava da seguinte forma: nas hipóteses expressamente tipificadas em lei, quando a obrigação não fosse satisfeita após trinta dias da confissão ou da sentença que condenou o devedor, o credor

¹⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

¹⁴³ Ainda assim, é preciso ter claro que os poderes concedidos a certos magistrados estavam no campo da declaração da norma aplicável e não no ato de julgar. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 38. Exemplo disso são as diferentes atribuições dos juízes e dos pretores. Os poderes do pretor consistiam na *coercitivo* (disciplina) e o *iurisdictio* (dizer o direito) que não exatamente os poderes judiciais, em verdade, eles seriam similares aos poderes policiais por envolverem segurança e manutenção da ordem, bem como a *administração da justiça*, não cabendo a eles o ato julgar como hoje conhecemos. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 24.

¹⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 46/47: “Imprescindível a citação do demandado, ditava a lei das XII tábuas: „Se alguém é chamado a juízo, compareça; se não comparece aquele que o citou, tome testemunhas e o agarre; se procurar enganar ou fugir, o que citou pode lançar mão sobre o citado” (1.1 e 2)”; disso se depreende que a citação era um ato primordialmente privado, entretanto, há a ressalva de que o mesmo “só podia efetivar-se em local público [...] em qualquer local da rua, mesmo que a porta do domicílio do demandado”.

¹⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26/27.

¹⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

¹⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

poderia efetuar nova citação desse perante o magistrado instaurando a *manus iniectio* para narrar o inadimplemento e, de forma verbal e solene, forçar o executado a pagar ou a oferecer um *vindex*¹⁴⁸. O processo romano primitivo era extremamente solene, dava atenção substancial aos rituais: na *manus iniectio*, o credor anunciava publicamente ao devedor “eu lanço a mão sobre ti” e, diante da permanência do inadimplemento, o magistrado autorizava o credor a apoderar-se da pessoa do devedor para executar a sentença como bem lhe aprouvesse¹⁴⁹. Nesse período, a execução possui um caráter de vingança privada.

Desses relatos extrai-se que, ao menos no início da afirmação da autoridade estatal, a jurisdição poderia ser considerada um sistema de autotutela legitimado pelo Estado que, de certo modo, apenas exercia um controle formal da justiça privada¹⁵⁰. As execuções no direito romano, durante muito tempo, possuíram um explícito caráter privatista: o credor levava o devedor (ao pretor inicialmente, e após) ao juiz, para obter uma *autorização estatal* para, então, *ele próprio* promover a execução. Basicamente, os jurisdicionados dirigiam-se ao aparelho estatal procurando auxílio, porém jamais havia a efetivação de determinado direito: a intenção do autor nada mais era do que obter a opinião ou parecer do juiz que, por sua vez, nada fazia além de declarar o direito existente no litígio¹⁵¹ e, após essa “fase publicista” do processo, o autor poderia executar tranquilamente o parecer a seu modo, tornando o devedor refém (às vezes literalmente) da sua vontade.

Nesse sentido, apesar de ter sido um sistema de direito que avançou em muitos aspectos, o direito romano seguiu, por longos períodos, a lógica da autotutela como efetivadora de direitos. Isso porque o magistrado não podia “julgar”, pois não possuía um poder próprio e autônomo, mas apenas as faculdades que lhes eram expressamente designadas. Em outras palavras, era um cidadão romano encarregado de exercer o encargo que as partes o concediam: declarar qual das duas tinha razão¹⁵². Porém, a necessidade de interferência do

¹⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50 e 57. O *vindex* era alguém capaz de garantir o adimplemento da dívida e, em razão disso, afastar a mão do corpo do devedor (*qui manum depellit*).

¹⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57. Do trecho completo extrai-se: “Após o ato citatório, na presença do magistrado, o credor afirmava „visto não me haveres pago os 10.000 sestércios a que foste condenado a pagar-me, eu lanço a mão sobre ti, em razão dos 10.000 sestércios”, ao mesmo tempo em que colocava a mão sobre qualquer parte do corpo do devedor (Gaio, *I.*, 4.21)”.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 34.

¹⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 53.

¹⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 27.

magistrado – ainda que não completamente investido de jurisdição – para que a execução seja legítima é o início (louvável, ainda que tímido) das bases de um processo publicista; a seguir veremos que com as invasões bárbaras e a fusão entre o direito romano e o germânico sequer essa interferência no sentido fraco era necessária.

No entanto, a interferência do magistrado não significava que a execução estava livre de excessos: os relatos que hoje representam a nós verdadeiras barbáries eram permitidas pelo sistema porque o vínculo obrigacional que ligava o devedor ao credor possuía natureza eminentemente pessoal. Em outras palavras, o dever gravava diretamente a pessoa do obrigado¹⁵³. Logo, em razão de qualquer descumprimento da palavra dada ou insolvência de uma dívida, o executado respondia com seu corpo. Nesses termos, o respeito ao patrimônio do devedor era superior a consideração da própria dignidade humana¹⁵⁴.

Percebe-se que surge ainda no direito romano clássico um protótipo *desumanizado* do instituto da execução indireta onde algumas sanções, tais como as determinações ligadas a prisão (cárcere privado) e os leilões da pessoa do devedor (para ser utilizado com escravo além do Tibre) tinham como finalidade agir sobre o psicológico do devedor e de sua família, era uma ameaça de um mal maior caso houvesse inadimplemento.

As transformações experimentadas pelas sociedades humanas tendem a ocorrer de forma lenta e gradual, a humanização dos procedimentos executórios não escapou à regra; com a percepção de que as consequências impostas aos executados eram muito graves, foram editadas uma série de leis com a intenção de mudar esse paradigma executivo. Em uma relação de causa e consequência, a ascensão do período do processo formular (*per formulas*)¹⁵⁵ transforma o direito romano em um sistema menos formalista, mais célere e humanizado: há um significativo aumento da supervisão do pretor sobre a atividade das partes, demonstrada através da proibição do emprego da força pelo cidadão (exemplificada pela citação¹⁵⁶ que ainda era realizada de forma privada). O procedimento seguiu bipartido, porém acrescentou-se à sentença uma natureza condenatória¹⁵⁷.

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 41.

¹⁵⁴ Nesse sentido, DINAMARCO pontua que “tendo lançado a mão sobre o devedor, podia o credor acorrentá-lo, mantê-lo preso, matá-lo, vendê-lo além do Tibre [...], porém não podia tirar do seu patrimônio a coisa ou a importância devida. Só depois da morte do devedor seria possível (provavelmente) apoderar-se de seu patrimônio”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 39.

¹⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

¹⁵⁶ Agora, apesar de não ser lícito o emprego da força, o autor possui uma *actio in factum* perante o devedor que não comparece ao juízo estando “sujeito ao pagamento de multa, à penhora e até à perda de bens. TUCCI, José

No processo formular a ação executiva se dava através da *actio iudicati* – posterior e similar, porém mais simples que a *manus iniectio* – que também garantia ao devedor o prazo de 30 dias para promover o cumprimento da sentença, mas agora facultava a promoção da execução sobre a pessoa do devedor ou do seu patrimônio¹⁵⁸. A *actio iudicati* promovia a execução coativa da condenação¹⁵⁹. Isso demonstra que não era possível fazer um simples requerimento para que a primeira sentença fosse executada, exigindo do credor a instauração de uma nova ação para garantir a execução¹⁶⁰.

A *lex Poetelia* (326 a.C.) foi um marco legal no sistema executivo, que tinha como objetivo explícito a atenuação das crueldades¹⁶¹, deslocando o foco da execução para o patrimônio. Essa mudança gradual da pessoa do executado para o seu patrimônio, fez com que o controle do magistrado aumentasse e, proporcionalmente, diminuísse a autoridade do credor, ou seja: modifica-se a tônica de um procedimento que, ao fim e ao cabo, era exercido como a vingança de um credor insatisfeito¹⁶². Nesse sentido, há evidente ligação entre a consolidação do poder estatal e a crescente humanização nas execuções forçadas.

O período da *extraordinaria cognitio* reformula as instituições públicas ao organizar o sistema processual de forma unitária¹⁶³, ocorrendo diante de uma única figura da autoridade estatal: o magistrado-funcionário que finalmente está investido de jurisdição para proferir sentença em um processo inteiramente sob o controle estatal¹⁶⁴. Com a passagem para um sistema com maior participação do magistrado na atividade dos particulares, utilizou-se essas

Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 67.

¹⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

¹⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

¹⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 16.

¹⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 21.

¹⁶¹ Listadas como: “a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da *manus injectio*, repelindo a mão que o prendia mediante o juramento de que tinha bens suficientes para satisfazer o crédito; e, acima de tudo isso, d) extinguiu o *nexum*, passando então o devedor a responder por suas obrigações com o patrimônio que tivesse, não mais com o próprio corpo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 42.

¹⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 43 ss.

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111. Realizada através da promulgação da *lex Julia privatorum* em 17 a.C.

¹⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 31.

interferências na constituição do processo com o fito de simplificar o sistema e assegurar uma tutela jurídica mais completa¹⁶⁵.

O cunho cada vez mais publicista do procedimento representa uma ruptura do sistema *ordo iudiciorum privatorum*, oficializando e consolidando as instituições processuais e a figura do juiz com atuação diretamente vinculada à vontade do soberano e não mais como ato exclusivo de um cidadão romano¹⁶⁶. Nesse período, diante da insuficiência de normas para certas questões não contempladas pela legislação, o tribunal passou a julgar mediante *decreta*, que nada mais eram do que fonte de expressão original do direito¹⁶⁷. Com o abandono dos formalismos exacerbados e a maior autoridade concedida ao juiz, o procedimento da *extraordinaria cognitio* passa a ser exercido, desde a citação, com a presença marcada do magistrado e, por conseguinte, do Estado. Por mais que o procedimento executivo continuasse pautado pela *actio iudicati* do processo formular¹⁶⁸, há indícios de que os procedimentos *extra ordinem* falassem de execução sem mencionar a *actio iudicati*¹⁶⁹. LIEBMAN extrai dessas afirmações que era possível utilizar meios executivos de forma mais imediata para providenciar a execução, sem a necessidade de ajuizamento da *actio iudicati* em todas as ocasiões¹⁷⁰.

Do exposto, sinaliza-se que o direito romano possui algumas características únicas que foram, inclusive, pontos de tensão entre os direitos que a ele se incorporaram após a queda do Império Romano. Mesmo diante do seu caráter eminentemente privado, sempre foi muito importante (chegando a ser mais importante que a própria dignidade do executado na efetivação das sentenças proferidas) a certeza sobre o direito reconhecido – a ponto de exigir nova verificação rigorosa e completa através de uma segunda ação para poder atuar coativamente na execução da primeira.

A partir disso é possível demonstrar dois argumentos: a) com a afirmação da figura do magistrado, ao longo dos períodos analisados, este passou de um cidadão romano autorizado pelas partes a declarar o direito (por meio de parecer/autorização) para uma figura representativa da vontade estatal investido em jurisdição e capaz até de ser fonte de criação e

¹⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. P. 26.

¹⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 113.

¹⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 113.

¹⁶⁸ Em detalhes, vide TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 120.

¹⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p.32.

¹⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 39.

adequação do direito ao caso concreto; e b) que havia, no primitivo sistema, um favorecimento ao credor, que tinha no desenrolar do processo uma posição jurídica muito privilegiada, capaz de impor ao executado sua vontade, impondo-lhe a tolerância dos atos necessários a satisfação do seu direito. Porém, é possível também demonstrar que com a humanização da execução esse paradigma de favorecimento do credor de forma irrestrita passa a ser permeado por uma proteção cada vez mais relevante à pessoa do executado.

3.2. Direito Intermédio

A Idade Média, extensa em relação tanto ao período de tempo – dez séculos de história – quanto na diversidade das culturas, não poderá ser explorada plenamente no presente trabalho, até mesmo pela dificuldade em se obter bibliografia sobre o período. Em razão disso, a intenção é concentrarmos a atenção em alguns pontos específicos, firmes no intuito de entender o papel do judiciário e do juiz na execução civil.

Partiremos então das invasões bárbaras, que fizeram com que o direito romano e o dos povos germânicos, durante algum tempo, vivessem lado a lado¹⁷¹ e posteriormente se fundissem. Contrária à realidade romana já pincelada, o direito dos invasores desenvolvia-se à margem da interferência do poder público¹⁷² visto que os povos germânicos não se acomodaram sob a autoridade de um Estado forte e utilizavam a vingança privada e a “autojustiça” como forma de resolução de conflitos, fazendo com que imperasse no sistema o ato de força do indivíduo¹⁷³.

Pautado no individualismo e na violência pública e espetacular¹⁷⁴, o direito germânico primitivo correspondia à uma consolidação de costumes¹⁷⁵ que não possuía um controle forte, imparcial e preventivo das pretensões particulares nem, por conseguinte, qualquer tipo de processo de cognição sobre as lides formuladas: a execução forçada era privada e não

¹⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 41.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 51.

¹⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 45/46.

¹⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 43.

¹⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019.p. 42.

dependia de prévia sentença judicial¹⁷⁶. Em verdade, em muitas ocasiões, a cognição judicial vinha depois da execução forçada quando o devedor, discordando da execução, instaurava um processo a fim de impugnar os atos do credor¹⁷⁷. A lógica do sistema é invertida, no sentido de que a execução não depende de um processo judicial, mas pode resultar em um. Invariavelmente o momento da realização da execução era privado, até quando a pena resultava de sentença judicial como nos casos em que era declarada a perda da paz (pelo juiz) e *qualquer* membro do grupo tinha o *dever* de efetivar a condenação (a pena em si era a morte do condenado)¹⁷⁸.

Nas situações em que se reputava necessário, exigia-se uma autorização conferida pelo juiz com base na simples afirmação do credor: não era exigida a presença do devedor, nem provas capazes de demonstrar a existência da dívida, o provimento era um simples decreto de autorização com efeito puramente formal¹⁷⁹. Até nos casos em que havia um procedimento propriamente dito, diante de autoridade judicial e com prolação de sentença, essa não possuía eficácia direta: ela exigia da parte um “prometer”¹⁸⁰ formal que determinava uma obrigação e apenas o inadimplemento da promessa feita em juízo era capaz de ensejar uma atividade executiva¹⁸¹. No entanto, essa atividade executiva não era uma etapa separada do procedimento, ela articulava-se imediatamente após a sentença que encerrava em si uma ordem precisa ao condenado que, em situações ideais, se operaria inclusive na própria audiência (nas obrigações de entregar algo, por exemplo)¹⁸².

O medo da arbitrariedade do judiciário chegou ao ponto de enxergar o direito de forma objetiva e independente, guiada por desígnios divinos. Nesse sentido, todo o regramento dos procedimentos terminava por estabelecer formalidades que seriam a régua final para definir o justo e o injusto. Uma evidência clara dessas afirmações se encontra no sistema probatório da época: os ordálios ou julgamentos de Deus; a ideia por trás desse sistema é que a verdade

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35.

¹⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35.

¹⁷⁸ KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 56.

¹⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 48.

¹⁸⁰ Note que as consequências de não “aceitar prometer” são severas: “se o acusado se recusasse a fazer a promessa, a pena podia ser a perda da paz, ou seja, ele passava a ser considerado inimigo público, situação em que podia e devia ser morto por qualquer membro do grupo. Por exemplo, a assembleia poderia, nesta ordem, autorizar a vingança contra o réu, fixar o *wergeld* correspondente e conceder-lhe o direito de enfrentar o *iudicium ferri candentes*, como forma de demonstrar sua inocência. KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 56.

¹⁸¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 48.

¹⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 61

simplesmente era e que as provas “julgavam-se” por si mesma. Por óbvio, diante dessa compreensão fechada, não havia espaço algum para que o juiz pudesse fazer qualquer “juízo” de nada que a ele se apresentasse¹⁸³.

A necessidade de unir concepções aparentemente tão distintas do Direito – romanas e germânicas – torna-se mais clara quando começa a surgir e potencializar-se o comércio entre os povos. Isso porque para a criação de um comércio lastreado na confiança entre as partes e na segurança do adimplemento tornou-se imprescindível que o sistema jurídico fosse rápido e capaz de garantir a pronta satisfação ao credor; para tanto, ao mesmo tempo que a morosidade do *cuidadoso* direito romano não era desejada, a insegurança do direito germânico também não o era¹⁸⁴.

Foi preciso fazer ressurgir o direito romano, através da renovação doutrinária propiciada pelos glosadores, para que as bases do direito comum, que se propagou pela Europa e fundou uma verdadeira “família jurídica”, pudessem ser estabelecidas¹⁸⁵. Aproveitando-se da conveniência das cláusulas executivas contratuais que facultavam ao credor o requerimento de penhora, sem a necessidade de reportar-se a um juiz em caso de inadimplemento¹⁸⁶, verdadeiro desembaraço das vias executivas promovido pelo direito germânico, buscou-se para o processo executivo uma sistemática similar em relação à facilidade: um procedimento que fugisse, ao mesmo tempo, das arbitrariedades germânicas e das protelações romanas¹⁸⁷. Esse retorno ao direito romano também desencadeou a condenação de toda forma de violência (atuação direta da influente Igreja Romana) estabelecendo uma vedação ao sistema de defesa privada¹⁸⁸ e o retorno à distinção entre cognição e execução¹⁸⁹.

O resultado dessa união permitiu que a sentença condenatória – fugindo do extenso procedimento da *actio iudicati* – seguisse pela via da *executio parata*¹⁹⁰, procedimento simplificado em que as formalidades usuais se reduziram garantindo uma cognição sumária limitada pela eficácia do julgado, sem exigir sequer o contraditório: o credor apresentava uma

¹⁸³ KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 69. Continua “A função do regramento dos meios de prova, isto é, das provas-julgamentos, era a de evitar um julgamento arbitrário. A verdade deveria falar por si, de modo que fosse ela, e não a vontade de um terceiro, a impor-se aos litigantes”.

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 56.

¹⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 64.

¹⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 60.

¹⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 66.

¹⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 68.

¹⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 77.

¹⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 80.

simples petição, apresentando o julgado, demonstrando o inadimplemento e requerendo ao juiz a sua execução (*imploratio officii iudicis*)¹⁹¹. A ideia era garantir a praticidade de ter a sentença executada logo após a sua prolação, tal qual ocorria no direito germânico, mas agora com maiores garantias de segurança por demandar a participação do Estado-juiz e diante da proibição de execução privada e ilimitada.

Nesse período, o conceito de *officium iudicis* foi utilizado pelos escritores da época para inserir muitas atividades às responsabilidades do magistrado, o objetivo direto disso era evitar as complicações da *actio* e suprir falhas do sistema¹⁹²; a base para tanto estava na afirmação de que o juiz não deveria ater-se ao ato de julgar, mas promover, em razão do seu ofício, todas as medidas e providências necessárias para a realização da sua decisão¹⁹³. Isso impõe ao magistrado o dever de ofício de tomar as medidas necessárias ao cumprimento forçado das sentenças que recebeu a denominação de *executio per officium iudicis*¹⁹⁴. Essa noção de que é possível proceder aos atos executivos sem cogitar o fundamento do direito material é influência direta do pensamento germânico para qual a possibilidade de executar emerge do título e não do direito de crédito¹⁹⁵.

Com o passar dos anos, o soberano ganhou cada vez mais destaque e passou a ser considerado por si, em razão apenas da sua vontade, fonte criadora do direito, o denominado *ius civile*. KEMMERICH atribui, de um lado, a importância do soberano às concepções romanas e, de outro lado, a influência que permitiu que o direito *não se resumisse* à vontade dele à tradição germânica¹⁹⁶. O direito germânico era tido como um “padrão fixo pelo qual pudessem ser impostos ou determinados os direitos e deveres em caso de injustiça ou disputa”¹⁹⁷, logo esse “partir da vontade do soberano” não era o tipo de compreensão que esse povo tinha sobre o Direito. Isso teria sido fundamental para dar consciência geral de que era necessário estabelecer limites procedimentais *inclusive* para o soberano.

¹⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 83.

¹⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 74.

¹⁹³ Idêntica obrigação que o Código de Processo Civil de 2015 atribuiu aos magistrados brasileiros com o art. 139, IV. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35.

¹⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35

¹⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000. p. 81.

¹⁹⁶ KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 21.

¹⁹⁷ Referência a CHURCHILL (História dos povos de língua inglesa, p. XVII) em KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 21.

As diferenciações bem estabelecidas entre *ius civile* (direito positivo), *ius gentium* (direito natural nos termos romanos) e *ius divinum* (direito divino nos termos canônicos) forneceram critérios para barrar ou controlar o poder do soberano: ele precisava respeitar as regulações do direito natural ou divino, entretanto, as regras do direito positivo, por terem partidos da sua vontade, a ele não eram oponíveis¹⁹⁸. Nos séculos que seguiram o XII, os juristas tiveram a preocupação em gradualmente passar as normas relativas aos procedimentos do direito positivo para o natural a fim de que elas pudessem limitar o arbítrio do soberano e dos julgadores por ele investidos do poder jurisdicional¹⁹⁹.

O processo romano-canônico atuou para trazer racionalidade aos meios de prova. O homem do século XII não aceitava mais ser julgado de forma aparentemente aleatória sob o manto da intervenção divina; os ordálios não eram mais suficientes nem necessários para a justa definição dos conflitos. O direito canônico, portanto, ao tornar o processo organizado com clareza e expurgar do sistema as provas baseadas nos ordálios, cumpriu um papel disciplinador que a legislação não conseguiu cumprir²⁰⁰. Desse ponto para o estabelecimento do *due process*, pactuado entre súditos e soberano, na Magna Carta (século XIII) é possível enxergar o Direito cada vez mais parecido como o que conhecemos.

A condensação do direito romano com as particularidades dos direitos germânico e canônico propiciaram verdadeiras revoluções jurídicas, políticas, econômicas e sociais que podem ser observadas através das profundas mudanças que ocorreram na Idade Média: imersa em um regime estratificante como o feudal signatária de um direito arcaico, com poder descentralizado e a execução privada dos direitos, passou-se a um sistema de direito fundamentalmente racional e equitativo que buscou como elementos essenciais a igualdade e liberdade dos indivíduos que irão estruturar o Direito da era moderna²⁰¹.

3.3. Direito Moderno

¹⁹⁸ KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 23.

¹⁹⁹ KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 25.

²⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 68.

²⁰¹ Referência feita a JOHN GILISSEN (Introdução histórica ao direito. Trad. A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 205) em KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Direito Processual da Idade Média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 20.

A modernidade foi um período recheado de eventos históricos marcantes, tais como o desenvolvimento do capitalismo, a formação do Estado nacional e as revoluções liberais²⁰². O panorama no qual o direito moderno está inserido é fundamental para compreender as transformações que o meio jurídico precisou fazer para se adaptar às novas necessidades de uma sociedade que rechaçou a estratificação social do Antigo Regime, exigindo igualdade entre os cidadãos e liberdade para os indivíduos.

Para concretizar esses valores foi preciso estabelecer estreitos limites aos poderes do juiz que, inicialmente, possuíam uma intenção legítima de abolir completamente o Antigo Regime e tudo que estava relacionado a ele, mas com o passar do tempo, tornou-se uma ferramenta que serviu aos interesses de uma classe burguesa que precisava do Estado como um garantidor da sua plena liberdade para articular-se no plano social e econômico²⁰³.

O ponto de partida para a transformação do direito moderno passa pelo ideário racionalista da afirmação de direitos individuais²⁰⁴, da *certeza do direito* e pela desconfiança na classe da magistratura²⁰⁵. Quanto ao primeiro, quebra-se o paradigma antigo de que os indivíduos só possuíam deveres: com as declarações dos direitos humanos surge a compreensão de que existem direitos inalienáveis e inafastáveis a todos os seres humanos – ainda que, inicialmente, esses estivessem restritamente ligados à proteção do indivíduo contra as ingerências do Estado. Quando ao segundo, a idealização da certeza do direito está intrinsecamente ligada à completude dos códigos, capazes de resolver todos os problemas em uma obra única, com a pressuposição de que as soluções para todos os casos particulares estariam previstas na legislação, feita por representantes escolhidos pelo povo, que garante ao jurisdicionado menor arbitrariedade por parte do julgador.

²⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 132.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

²⁰⁴ Nesse sentido: “O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos. Ao contrário, observemos mais uma vez os dois primeiros artigos da Declaração. Primeiro, há a afirmação de que os indivíduos têm direitos; depois, a de que o governo, precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los”. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 94.

²⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 88. Tônica da revolução francesa.

Não era permitido ao juiz qualquer tipo de inovação, sendo a *criação do direito* tarefa exclusiva do legislador²⁰⁶. Nessa senda, é possível vislumbrar que, com o controle dos atos do juiz, os poderes executivos de efetivação são extremamente afetados, passando à (quase) completa inutilidade diante da aversão à interferência do poder judiciário na esfera jurídica dos indivíduos. O pressuposto da pessoalidade, base da responsabilização e execução no direito romano primitivo e clássico, deu lugar – seguindo direto rumo ao extremo oposto – ao princípio da *intangibilidade da vontade humana*: em hipótese alguma o jurisdicionado pode ser forçado a nenhum tipo de constrangimento da sua vontade.

A *ideologia* da intangibilidade da vontade humana, fundamento desse controle sobre o magistrado, tem por base a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e estava comprometida com as doutrinas que inspiraram o *Code Napoléon* (1804) que definiu “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor” (art. 1.142). Surge, a partir desse momento, o dogma de que impor uma coerção é um *atentado contra a liberdade dos homens*²⁰⁷. Há, em outras palavras, uma espécie de *direito de não cumprir o próprio dever*, desde que esteja disposto ou seja capaz de pagar o preço²⁰⁸.

O surgimento dos direitos fundamentais, como inatos e inalienáveis, são o paradigma do direito natural moderno²⁰⁹ que enxerga uma comunidade de pessoas como uma conjunção de individualidades. Aqui, diferentemente no que ocorreu com a humanização da execução no direito romano, a intenção era pôr um fim em todo o direito anterior e propor um sistema totalmente reformulado em suas bases. BOBBIO sinaliza que esse objetivo foi alcançado quando narra que os testemunhos da época em que a declaração foi assinada, bem como o relato dos historiadores, são unânimes em afirmar que o ato representou um momento decisivo: a proclamação dos ideais de liberdade, igualdade e soberania popular representaram

²⁰⁶ MINAMI, Marcos Youji. Tradição jurídica e efetivação das decisões judiciais. Repercussões da tradição civil law na efetivação das decisões no direito brasileiro in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 566/567.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em 15/04/2019.

²⁰⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5: execução. 7ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 71/72. Os autores ainda pontuam que há um equívoco manifesto nessa sistemática tanto porque negligenciava qualquer direito que não possuísse natureza patrimonial, quanto por acabar autorizando o descumprimento contratual de forma escancarada, o que privilegiava a parte mais forte da relação, *apta que estaria a arcar com as perdas e danos advindos do descumprimento*.

²⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: Lições introdutória. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019. p. 156/163.

uma guinada na história humana “decretando o fim de uma era e o começo de outra”²¹⁰. A primeira geração de direitos fundamentais, imersa nas premissas e preceitos do mundo moderno, tinha uma marcada natureza liberal: esses direitos eram vistos exclusivamente como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado²¹¹.

Sob o paradigma de uma lei “clarividente e cega”²¹² exigiu-se que a lei fosse aplicada a todos sem distinções de classe, ancorada na igualdade formal entre os indivíduos. O mesmo entendimento foi aplicado aos bens e necessidades que passaram a ser tratados e tutelados da mesma forma, através de sanção pecuniária²¹³. O fenômeno da monetização dos direitos, articulado através da universalização da tutela pelo equivalente monetário, passou a refletir um ordenamento “neutro” à realidade social que não diferenciava nem interesses, necessidades ou sujeitos, igualizados pela única tutela que podia ser oferecida²¹⁵. Com essa lógica, o sistema está interessado apenas em sancionar o executado e, considerando que o juiz não tem liberdade para dar tratamento distinto – mesmo que esteja diante de objetos distintos – nem de agir na vontade do jurisdicionado, essa unificação de tratamento foi implementada de forma natural, expurgando completamente a execução específica.

Nessa sistemática também estão as raízes da severa restrição das potencialidades executivas estatais, afinal, as medidas executivas para tornar efetivos os direitos reconhecidos em processo judicial, atribuiriam ao juiz um poder para ordenar, que nada mais é do que permitir a intervenção do Estado na esfera individual. Esses receios condenaram o juiz a ser “boca da lei”²¹⁶ e adquirir uma postura de passividade quase absoluta.

Outro fator relevante está na concepção de ciência que se estabeleceu no período moderno, imprimindo em todas as áreas de conhecimento a tônica da cientificação. No direito não foi diferente. Precisamente nessa época, desenvolveu-se a concepção de que o processo civil é ramo independente e isolado do direito material, conduzido por operadores técnicos e

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 91.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

²¹² Referência feita à MONTESQUIEU (Do Espírito das Leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 160) em MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

²¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 175: “Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

despolitizados²¹⁷. Postado totalmente na contramão das valorações e interpretações, o paradigma moderno do *processualismo*²¹⁸ assumiu ares de autonomia, clareza e previsibilidade intitulando-se ramo próprio da árvore jurídica²¹⁹. O que nos interessa aqui é pontuar que a lei possuía um sentido unívoco, de modo que a função do juiz era apenas extrair do relato das partes *a verdade* e proclamá-la na sentença, estritamente conforme às prescrições legais. Portanto, essa cultura da perfeição jurídica, certeza do direito e busca da verdade implica na supressão da atividade interpretativa do juiz que acaba por não possuir nenhuma autonomia crítica para construir soluções²²⁰.

Essa separação do direito processual e material combinada com o abandono do direito como *fato* acabou por desligar o direito da realidade, refugiando-se no puro normativismo com pretensões de universalidade, o que culminou num procedimento inflexível e anacrônico²²¹. Há o que OVÍDIO BAPTISTA SILVA chamou de “construção [de um] mundo jurídico” puramente conceitual criado pelos próprios juristas que não desejavam *sujar-se* com a realidade²²². Como consequência lógica da função atribuída aos juízes e da própria construção desse mundo apartado, está o entendimento de que a sentença ou as decisões (*lato sensu*) têm como objetivo único a declaração do texto da lei. A isso implica-se indiretamente que o juiz só tem permissão para atuar no plano normativo com o fito de *afirmar a vontade da lei* e a autoridade do Estado-legislador²²³. Essa preocupação com o arbítrio do juiz impôs-lhe um comportamento atado às disposições legais e, por conseguinte, despido da possibilidade de exercer o *imperium* para dar força executiva às suas decisões²²⁴.

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 18.

²¹⁸ Ao qual remete o leitor para maiores aprofundamentos à MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. Outra obra exponencialmente mais completa sobre tema é SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 108.

²¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 19.

²²⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 99.

²²¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 108.

²²² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 139.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

²²⁴ A isso tudo se atribuída a ideia de que se o magistrado tivesse força executiva para efetivar suas decisões ele teria, por si, a *força de um opressor*. Referência a MONTESQUIEU (Do Espírito das Leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 157) em MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

Nesse cenário, o processo executivo é um ponto sensível, visto que apesar de operar no mundo jurídico, só alcança sua finalidade quando é capaz de transformar o mundo dos fatos: lugar onde a ciência do processo, ao menos na época, não se fazia presente. A fim de estruturar em bases sólidas essas limitações, o legislador moderno buscou no princípio da legalidade, elemento basilar do Estado de Direito, um modo de instituir meios específicos como a única forma possível de promover a execução das decisões judiciais. Há, portanto, a utilização do princípio da tipicidade dos meios executivos para conter as possibilidades executivas que o juiz tinha à sua disposição: procurou-se fixar em lei as sanções, meios e procedimentos a serem adotados para essa finalidade visando a eliminação, ou ao menos diminuição, do arbítrio judicial; concedendo aos jurisdicionados alto grau de previsibilidade acerca dos modos de atuação executivas que podem ser empregados tanto na generalidade quanto na especificidade dos casos apresentados ao Judiciário²²⁵. Frisa-se a compatibilidade perfeita desse mecanismo com a ideologia da intangibilidade da vontade humana.

Em suma, não havia lugar para atuação do juiz, proibido que estava de inovar, de interpretar e, inclusive, de adequar os procedimentos por estar diante de um ambiente que prega a perfeição jurídica e a busca de uma verdade única que existe e apenas precisa ser declarada. Em razão da falta de autonomia do juiz para construir soluções no caso concreto quase não existe um sistema executivo funcional, o que resulta na falta de efetividade das decisões judiciais: passam a ser de cumprimento *facultativo* em razão da ausência de ferramentas capazes de impor-lhes autoridade.

Também nesses argumentos, salvo melhor juízo, é possível enxergar uma tendência bem definida de proteção ou favorecimento a uma das partes. Isso porque diante da impossibilidade de fazer valer a decisão estatal na esfera de autonomia do executado, esse acaba sendo beneficiado pela inviabilidade da imposição da decisão judicial contra a sua vontade; no pior cenário, será possível retirar-lhe algum valor, mas até isso está condicionado, em certa medida, à sua vontade de cooperar. Nesse sentido, de pouco adiantava ao exequente ter seus direitos reconhecidos por meio de uma sentença que não possuía força executiva e estava fadada à inefetividade.

3.4. Direito Brasileiro

²²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Por aqui, o Código de Processo Civil de 1973 inaugurou e encerrou o *processualismo* de vida breve entre nós²²⁶. Suas linhas centrais duraram pouco mais de 40 anos tendo sido submetidas a sucessivas reformas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da formulação da teoria do formalismo-valorativo. Esses elementos propiciaram um retorno ao entendimento de que direito processual é fenômeno cultural *necessariamente* embebido nos valores da justiça, da segurança jurídica e da efetividade²²⁷.

A promulgação da Constituição Cidadã reverberou em todos os ramos do direito de forma positiva, e no processo civil não foi diferente. Ela demarcou uma mudança no pensamento e na cultura do país que, em recente processo de redemocratização, propiciou a promulgação de uma constituição com abertura valorativa e positivação de direitos fundamentais assentados como cláusulas pétreas (art. 60, §4, CFRB) e de eficácia imediata declarada (art. 5, §1, CFRB). E, em verdade, não se trata apenas de “conformar o processo às normas constitucionais”, mas de empregar essas normas no próprio exercício da função jurisdicional causando reflexos diretos na condução procedimental do processo e no conteúdo das decisões do Poder Judiciário²²⁸.

No campo processual, essa mudança de paradigma está marcada na positivação do direito à tutela jurisdicional efetiva como fundamental. Mas, também não podemos furtar-nos de referir a importância das lições do formalismo-valorativo, teoria do prof. ALVARO DE OLIVEIRA que serve de alicerce para as bases de um processo civil cooperativo, ética e socialmente engajado em descortinar a consciência de que ele existe para a concretização de valores constitucionalmente previstos e para a efetivação dos direitos, aproximando novamente a efetiva persecução do justo da atuação do juiz. Esse novo paradigma exige que o pensamento e investigação científica voltem-se para a realidade do caso concreto reestabelecendo a conexão entre o direito material e processual, retomando o reconhecimento da sua função instrumental.

Isso porque o direito material e o processual estão necessariamente conectados. A prova mais evidente dessa relação está na natureza eminentemente instrumental que o direito processual possui: ele é chamado para *intervir* exclusivamente quando há alguma *crise*, efetiva ou virtual, no plano do direito material. E assim é porque uma das suas finalidades

²²⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 38.

²²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 106.

²²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 262.

precípua (além da pacificação social) consiste na efetiva realização do direito material, de modo a se alcançar a justiça necessária para o caso concreto. No entanto, é preciso salientar que esses argumentos não situam o processo como meramente instrumental, ele tem valor próprio²²⁹.

A teoria do formalismo-valorativo pode ser considerada um movimento cultural que propôs um *modo* de operar o sistema processual, destinado a densificar valores constitucionalmente previstos. Essa concepção de formalismo representa a garantia de um procedimento judicial coordenado e organizado, que atua para estabelecer o limite dos poderes, faculdades e deveres de todos os sujeitos processuais, moldado pelo constante conflito entre *efetividade* e *segurança*²³⁰. Para atingir esses objetivos, a presença *adequada* do magistrado nas atividades processuais é essencial para que, consciente das especificações do caso concreto, seja possível oferecer às partes uma solução que realize o escopo precípua do processo: a efetivação dos direitos²³¹. O declínio do normativismo legalista e o aumento da complexidade na correta aplicação do direito – que demanda a utilização de princípios, juízos de equidade e a ponderação dos interesses em jogo – exige uma postura mais ativa do magistrado²³².

A Constituição Federal também aumentou significativamente o rol de direitos protegidos e garantidos, em razão da complexidade das relações e necessidades humanas que sofreu consideráveis mudanças desde a primeira declaração de direitos humanos. BOBBIO esclarece que essas declarações compreendem direitos individuais, os mais tradicionais relacionados às *liberdades*, e direitos sociais considerados *poderes*. Os primeiros impõem abstenções, ao Estado e a terceiros, por isso são conhecidos como direitos negativos; os segundos, no entanto, exigem do Estado uma conduta positiva. Para os termos do presente trabalho, o que se exige do Estado é uma *proteção integral e global dos direitos fundamentais*²³³ e um texto constitucional que não contenha caráter meramente declaratório, mas *promocional de direitos*²³⁴. Nesse sentido, a constante emergência de sucessivos direitos

²²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 93.

²³⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e Execução da Sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

²³¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 41.

²³² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 81.

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, p. 54 – 104, Out/Dez. 2000.

²³⁴ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. Revista da

fundamentais novos demanda cada vez mais a atuação estatal e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, que deve proporcionar uma resposta cada vez mais completa e que atenda as legítimas expectativas sociais²³⁵. O Estado não é mais uma *apenas* uma instância de imposição, mas também de decisão para a realização dos direitos humanos²³⁶.

Como resultado dessa necessidade de promover direitos, os juízes passaram a ser mais e mais participativos. A exigência de uma atuação estatal positiva significa que se algo não saiu como o esperado ou previsto legalmente, o juiz é aquele que deverá moldar ou adequar o processo, corrigindo as injustiças causadas pela conduta das partes, para que esse (i.e. o processo) seja capaz de promover os direitos²³⁷. Isso conduz, inevitavelmente, a superação dos limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”²³⁸, característicos da primeira fase dos direitos fundamentais, com comandos negativos (proibições)²³⁹: o direito não é mais só um sistema de imperativos postos pela vontade do Estado em defesa das esferas de liberdade do indivíduo²⁴⁰.

Os direitos de cunho processuais ganharam um lugar privilegiado²⁴¹ na Constituição Federal e foram extremamente impactantes no âmbito infraconstitucional. THEODORO JUNIOR salienta que na década de 90 *mais de uma dezena* de leis modificaram o Código de Processo com vistas a simplificar os procedimentos e promover um processo de maior celeridade e efetividade²⁴². Esses parâmetros de celeridade e efetividade estão diretamente conectados com o *tipo* de processo que a constituição quis implementar, partindo do pressuposto de que pouco vale uma série de garantias e direitos constitucionalmente previstos se não há, no mundo real, a concretização desses. Considerando que o processo é o instrumento estatal capaz de realizar esses direitos, o espírito reformador tinha como objetivo

Faculdade de Direito UFPR. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8755/6572>. CAPPELLETTI afirma que a técnica promocional “consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típica da legislação clássica, entre *certo e errado*”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 41.

²³⁵ MELO, Valternei de. Técnicas Executivas in Primeiras linhas de direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 62.

²³⁶ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 48.

²³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 41.

²³⁹ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p. 2.

²⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 81.

²⁴¹ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8755/6572>. Acesso em 30/04/2019. p. 180.

²⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no processo civil. Revista de Processo vol. 46/1987, p. 152 – 164, Abr/Jun., 1987.

abandonar a preocupação exaustiva com conceitos e formas, oriundas do *processualismo* para “dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera”²⁴³.

Após as sucessivas reformas que o Código de Processo Civil de 1973 passou, iniciadas pela Lei 8.952/94, houve um avanço nas regras executivas, apesar de ainda possuir limitações²⁴⁴. No entanto, algumas legislações especiais também foram essenciais na construção do instituto da execução indireta tal qual se apresenta hoje. São exemplos disso a Lei 7.347/85 (que disciplina a ação civil pública e autorizou o juiz a cominar de ofício multa diária com o fito de garantir tutela específica de obrigações de fazer e não-fazer), a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu art. 213, afirmou que o juiz determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao inadimplemento facultando o uso de multa diária), entre tantas outras²⁴⁵. De destacada importância foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que de forma inovadora e precisa afirmou que “o juiz poderá determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial” em seu artigo 84, §5º²⁴⁶.

Essas alterações e previsões legislativas inovadoras sinalizam que passamos ao plano do chamado *processo civil de resultados* com plena consciência da sua função instrumental que deve proporcionar a possibilidade dos jurisdicionados usufruírem concretamente dos direitos previstos infra e constitucionalmente²⁴⁷. Nesse sentido, as preocupações não se resumem mais em proporcionar *acesso* à justiça, porque não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário; é preciso prestar uma jurisdição tão eficiente, efetiva e justa quanto possível²⁴⁸.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 23.

²⁴⁴ Apontadas por GUERRA como “a) multa diária e prisão do devedor de prestação alimentícia são as únicas medidas coercitivas, caracterizadoras de execução indireta, expressamente autorizadas em lei; b) a aplicação de multa diária está subordinada à iniciativa da parte; c) na interpretação dominante, a multa não é aplicável à execução para entrega de coisa; d) a unidade de tempo em que a multa é devida não pode ser outra senão a diária”. GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 159.

²⁴⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 162.

²⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 162.

²⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 23.

²⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 126.

Para atingir esses objetivos é necessário operacionalizar o sistema para extrair dele “todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar”²⁴⁹.

Portanto, a questão que se coloca diante dos operadores do direito atualmente é que mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição Federal, a realidade do Poder Judiciário, apesar de ter tido inúmeras mudanças positivas, ainda não é a ideal, principalmente no tocante ao processo executivo. A realidade do sistema judiciário brasileiro, em muitas oportunidades, tem demonstrado que ainda estamos longe de proporcionar uma tutela efetiva dos direitos que esbarra na contrariedade dos executados que, ao se negarem a obedecer às imposições judiciais – inclusive nas decisões interlocutórias que abarrotam o desenvolvimento de um processo executivo –, tornam a execução impraticável.

Ciente dessa dificuldade recorrente, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu considerável atenção a medidas que promovam de forma célere a função satisfativa, tais como a antecipação de tutela, as medidas cautelares e o julgamento antecipado da lide, bem como previu um incremento nos poderes do juiz na condução do processo que demonstram a intenção de moldar um sistema mais capaz de proporcionar a satisfação dos direitos. Ainda que muitas dessas medidas não sejam exatamente *novidades* no sistema, o tratamento atual fez renascer, com nova roupagem, discussões sobre a efetividade da justiça.

O objeto do trabalho é um exemplo disso: as medidas atípicas executivas articuladas no artigo 139, inciso IV do CPC/15, reavivaram o debate sobre os poderes e deveres do juiz na condução do processo e têm gerado, além de apreensão quanto a possíveis excessos, grandes expectativas quanto as funcionalidades que podem surgir da sua boa aplicação. Salientamos que até mesmo as controvérsias que o dispositivo tem fomentado na doutrina pátria são essenciais para que se encontre o equilíbrio entre a satisfação dos direitos do exequente e o respeito aos direitos fundamentais do executado.

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 326.

4. O PAPEL DO JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO

Nessa etapa do trabalho utilizaremos os conceitos delimitados e os argumentos levantados no capítulo anterior para discutir o que essa história de construção, desconstrução e reconstrução do papel do juiz significa, qual é a sua relevância e como isso está sendo articulado na doutrina contemporânea. Desde já anunciamos que a figura que parece se adequar melhor às necessidades do Direito contemporâneo é a de um juiz que exerce uma tarefa complexa e, exatamente por ter isso em mente, se mostra cuidadoso diante das mais variadas situações concretas que lhe são postas diariamente. Para demonstrar essa cautela aos jurisdicionados, a opção que lhe resta é expor argumentativamente as razões e sopesamentos realizados para garantir a validação e legitimidade das decisões por ele tomadas.

Por tudo que já se expôs, há de se reconhecer que a emblemática figura do juiz já foi interpretada e moldada de muitas formas, sempre conforme a urgência e os valores culturais de determinada época e sociedade. De acordo com a intitulada “teoria lúdica do Direito”, proposta por FRANÇOIS OST, é possível representar a figura do juiz ao longo da história – o que não significa que essas diferentes representações não possam coexistir em um mesmo período ou ordenamento – como equivalentes às personagens mitológicas de Júpiter, Hércules e Hermes²⁵⁰.

Inserido em um direito sagrado, transcendente e proferido do alto²⁵¹, de onde *irradia toda a justiça*, está o juiz Júpiter. Como no período moderno, estamos diante de um Direito que é capaz de solucionar todos os problemas da comunidade jurídica através de uma obra *única* codificada, normalmente associada a um autor também *único e supremo* (Sólon, Justiniano, Napoleão). O foco desse sistema são as leis *perfeitamente editadas*, logo, para o juiz, “sobra” apenas a função de transmitir a verdade e a justiça delas²⁵².

Na mudança de paradigma para o juiz Hércules, saímos do alto e voltamos à terra onde uma verdadeira revolução ocorre: agora, o juiz é um *semideus que carrega o mundo nos*

²⁵⁰ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 169-194.

²⁵¹ As figuras de linguagem de OST são do alto de um monte ou, ainda, do alto do topo da pirâmide normativa – em uma expressa alusão a obra de KELSEN. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 173.

²⁵² OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 170.

braços, se transformando praticamente em um engenheiro social²⁵³, que adapta suas decisões às circunstâncias e necessidades do caso. O direito do juiz Hércules tem a efetividade como condição *necessária e suficiente* para sua validade²⁵⁴, ou seja, o direito é a decisão dele que, sendo efetivada, torna-se a única fonte de direito válida. Há um evidente deslocamento das normas para os fatos que alimenta um sistema de decisão desobrigado, inclusive, de fundamentação, pois o que “está em jogo” é o “melhor para o futuro da comunidade”²⁵⁵. Com efeito, a cultura de monismo jurídico baseada na abstração e generalidade da lei do juiz Júpiter, dá lugar a singularidade do caso concreto do juiz Hércules que, de certa forma, abre o flanco da discricionariedade em sentido forte²⁵⁶.

O juiz Hermes, representação do perfil de magistrado idealizado por OST para o direito pós-moderno, é o mensageiro dos deuses capaz de traduzir a linguagem divina para a humana e vice-versa. Ele possui essa habilidade porque está em constante movimento entre os céus, a terra e o inferno. Esse arquétipo de juiz é o mediador universal capaz de dialogar com todas as partes e operar todos os códigos e valores que juntos constituem o direito “pós-moderno”. Ele trabalha na circulação do discurso baseado em um direito de caráter indeterminado e inacabado²⁵⁷.

Por mais que a teoria de OST termine aqui, os juristas brasileiros seguiram formulando imagens que representassem o juiz nacional: temos referência ao juiz MacGyver, que com um “canivete suíço multiuso”, o leque de princípios que ele utiliza de forma livre para validar os

²⁵³ Segundo o autor: “Nunca nada será perdonado al «juez-asistencial» de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el «estado de angustia» de la mujer embarazada (art. 348 y ss. del Código penal belga); intervenir «en caliente» en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (em procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos aéreos de la compañía nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico;” OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993p. 169-194. p. 176.

²⁵⁴ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993p. 169-194. p. 178.

²⁵⁵ AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost. Revista DPU Nº 44 – Mar-Abr/2012. p. 44.

²⁵⁶ AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost. Revista DPU Nº 44 – Mar-Abr/2012. p. 44.

²⁵⁷ AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost. Revista DPU Nº 44 – Mar-Abr/2012. p. 34.

argumentos jurídicos convenientes, consegue desarmar “encruzilhadas jurídicas sérias”²⁵⁸. Também temos o juiz Hulk: um justiceiro vingador que, consumido pela fúria com as injustiças, desperta atordoado do seu sono, “sem compreender direito sua tarefa” e então vacila entre a “antiga letargia e o agir destrambelhado”, inconsciente de que seus grandes poderes, usados dessa forma, são capazes de “degolar a Constituição”²⁵⁹.

Analogias mitológicas ou cinematográficas a parte, é possível perceber que identificar uma imagem capaz de prever o modo como o juiz age em um sistema é algo que preocupa os juristas. Preocupação essa que não podia ser diferente, afinal é essa a figura que possui o poder-dever de aplicar o direito e impor-lhe respeito quando algo lhe tira da normalidade e do abstrato das previsões legais. Ao decidir o caso concreto, o juiz é iminentemente responsável pela boa aplicação do Direito e pela efetivação das decisões que definirão qual parte tem mais razões para vencer o embate. É exatamente em razão dessa grandiosa função, cada vez maior diante da exigência de atuação positiva do Poder Judiciário, que não está permitido ao magistrado “cruzar os braços diante da primeira impressão de insuficiência da lei processual”. Quando não houver uma técnica processual capaz de proporcionar a tutela adequada ao direito, é tarefa do magistrado suprir essa insuficiência com base no direito fundamental²⁶⁰ porque decretar a incapacidade do direito processual para causar transformação no mundo é o mesmo que negar valor ao direito fundamental à tutela jurisdicional²⁶¹.

O incremento dos encargos atribuídos ao juiz demanda um aumento dos seus poderes que, conseqüentemente, gera uma preocupação significativa e compreensível quanto à existência de mecanismos capazes de exercer controle sobre esses poderes que, nas palavras de ARAKEN, “em largueza e em profundidade, conhecem poucos limites”²⁶². O receio da arbitrariedade, como pontuamos ao longo do trabalho, não é novidade nem peculiaridade do direito brasileiro: as decisões do magistrado não se justificam *apenas* na investidura legítima desses poderes²⁶³ (mas até mesmo sobre esse ponto, que parece evidente, há opinião

²⁵⁸ ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1). Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio#_ftn1_9546>. Acesso em 20/04/2019.

²⁵⁹ SILVA, Denival Francisco da. De Hércules a Hulk, a (re)personificação do Juiz. Blog Justificando. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/04/24/de-hercules-a-hulk-a-repersonificacao-do-juiz/>. Acesso em 20/06/2019.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 136.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 21/23.

²⁶² ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 109.

²⁶³ PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

divergente na literatura²⁶⁴). A isso se segue que não devem ser aceitas no ordenamento brasileiro decisões que, mínima ou incorretamente fundamentadas, ainda que a pretexto de fazer justiça, desrespeitem direitos fundamentais²⁶⁵ dos quais todos são igualmente possuidores²⁶⁶.

A aparente repetição cíclica na história se mostra novamente: se a jurisdição romana no *ordo iudicarium privatorium* era dividida em fases entre o *pretor* e um *iudex*, cidadão privado, que atuava nos limites da decisão pretoriana, na *cognitio extraordinem* houve uma expressiva concentração de poderes na figura do magistrado. Igualmente, teve-se um incremento nas atividades dos juízes na Idade Média com a formulação do conceito do *officium iudicis*, a passagem do Estado liberal clássico para o Estado social repete o fenômeno, pois aumentou as tarefas e poderes do juiz: ele, enquanto representante do Estado, é chamado para atuar de forma positiva nas lides tendo que, muitas vezes, confrontar a legislação e à administração pública²⁶⁷ para propiciar ao jurisdicionado uma tutela completa.

Fato é que a atuação do Poder Judiciário “fora das suas fronteiras tradicionais” provoca aplausos e vaias, não existindo consenso nem sobre o *nome* do fenômeno: ativismo judicial, judicialização da política, autoritarismo, arbitrariedade, etc.²⁶⁸. O que não pode servir de parâmetro para estruturar os poderes do juiz é a adequação de uma concepção subjetiva do avaliador sobre a atividade judiciária. Isso, na verdade, desfaz os limites entre política e direito e, nesse embalo, corre rio abaixo a institucionalidade, a democracia e a feição racional normativa do direito.

Com a superação da ilusão de um código capaz de prever todas as situações, o legislador precisou delegar algumas escolhas ao juiz; isso significa que, na formação das suas decisões, o juiz irá gozar de poderes discricionários para definir, entre várias alternativas

²⁶⁴ Para ARENHART: “A decisão judicial é imperativa para as partes porque deriva da autoridade pública – que detém o monopólio da força legítima – e só. Se a decisão reflete o melhor entendimento, ou se poderá ser alterada ao final do feito, são questões que extrapolam o âmbito de discussão do fundamento da autoridade do Estado, não competindo nem às partes, nem ao jurista”. ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. Disponível em <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>.

Acesso em 30/04/2019.

²⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 39.

²⁶⁶ “De acordo com Hesse, no conflito entre particulares, todos gozam da proteção dos direitos fundamentais, que, portanto, atuam simultaneamente contra e a favor de todos, incumbindo, em primeira linha, ao legislador infraconstitucional a tarefa de compor estes conflitos e achar, por meio da ponderação, um ponto de equilíbrio”. Referência a KONRAD HESSE (Derecho constitucional y derecho privado, p. 61) em SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, Out/Dez. 2000. p. 23.

²⁶⁷ PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5

²⁶⁸ MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do Juiz Hércules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. Revista de Processo – RePro, Ano: 40, N°: 250. Dezembro de 2015. P. 437-460.

legítimas, a melhor solução concreta para o caso²⁶⁹. A partir disso passou-se a exigir do magistrado que, no cumprimento de tarefa tão complexa quanto a aplicação de um direito de caráter indeterminado na sociedade contemporânea²⁷⁰, realize o sopesamento no processo de decisão e demonstre argumentativamente as valorações que o conduziram²⁷¹.

Essa justificação racional das decisões é o que permite um controle menos subjetivo dos atos do magistrado, equiparado por MINAMI a uma prestação de contas perante a população acerca da forma que o magistrado está utilizando o poder que lhe foi entregue²⁷². A discricionariedade na escolha dos meios executivos concedida pelo legislador ao juiz brasileiro por meio do art. 139, IV, CPC, também está sob a égide dessa necessidade latente de fundamentação e demonstração das atividades cognitivas e interpretativas que o levaram a ela, além da demonstração de que essa (i.e. a escolha discricionária dos meios executivos) atende todas as exigências do postulado da proporcionalidade.

4.1. A utilização do artigo 139, IV, CPC/15

O direito a uma tutela jurisdicional tempestiva e adequada exige que se dê atenção não apenas as atividades de reconhecimento do direito, mas as de sua satisfação. Nesse sentido, o direito processual civil deve fornecer meios de realizar o direito que se mostrem compatíveis com os direitos fundamentais envolvidos. Na variada casuística forense, as soluções tradicionais por vezes são adequadas, mas, por outras, se apresentam como insuficientes para tornar realizado um direito reconhecido. É com esse pano de fundo que foi editado o art. 139, IV, do CPC. Com ele, garante-se ao magistrado o poder de determinar medidas eficientes, diante da variabilidade de situações concretas, para que as decisões judiciais sejam cumpridas.

A natureza instrumental dessas medidas está explicitada na expressão “para assegurar o cumprimento da ordem judicial”, posicionando as medidas que podem ser formuladas com o dispositivo em meios ou ferramentas que servirão para obter um resultado prático²⁷³. Essa qualidade instrumental do instituto demanda do juiz a demonstração da relação entre

²⁶⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

²⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Out./2009. p. 57-74.

²⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 39.

²⁷² MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do Juiz Hércules. *Desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015*. *Revista de Processo – RePro*, Ano: 40, Nº: 250. Dezembro de 2015. P. 437-460.

²⁷³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas Executivas Atípicas*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 85.

elementos como meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual²⁷⁴. Isso porque, como leciona HUMBERTO ÁVILA, sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade é necessário que haja a utilização do postulado normativo da proporcionalidade²⁷⁵ para demonstrar que o meio escolhido é capaz de conduzir ao fim almejado.

A correta utilização da cláusula geral executiva envolve ponderação a respeito do cabimento e do conteúdo da medida coercitiva que será aplicada, porque sempre se está diante de uma situação-limite quando tratamos de medidas coercitivas, “onde princípios fundamentais e de idêntica importância acham-se em *rota de colisão*”²⁷⁶. Como referimos, sempre que se trata de uma escolha entre bens constitucionalmente garantidos há um ambiente propício para uma colisão entre direitos fundamentais. Interessante notar que isso ocorre em todos os casos porque, em se tratando do processo executivo, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional sempre estará em jogo²⁷⁷ e produzirá embates com os direitos de defesa do executado.

Segundo GUERRA²⁷⁸, o juiz possui o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a “extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva”. Porém, e de igual importância, é preciso que ele deixe de aplicar essas normas caso elas imponham uma restrição não justificável a outros direitos fundamentais que se sobressaiam no caso. Nesses termos, o juiz deve buscar, ao máximo possível, o equilíbrio e a concordância prática que se caracterizará através da “preservação da essência de cada um dos direitos colidentes”²⁷⁹.

Note o quão conveniente é, para todas essas definições, que o dispositivo tenha sido redigido tal qual uma cláusula geral que, em sendo aberta ao preenchimento valorativo, atua como uma espécie de “porta de abertura” para a concretização de direitos fundamentais²⁸⁰

²⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 90.

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 113.

²⁷⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 167.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 172.

²⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, p. 54 – 104, Out/Dez. 2000.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, p. 54 – 104, Out/Dez. 2000. p. 22

justamente porque permitem ao intérprete a busca pela solução mais acertada, e é útil principalmente num conflito de liberdades em relações jurídicas entre privados²⁸¹⁻²⁸². Afinal, o legislador é incapaz de prever abstratamente todas as hipóteses concretas em que determinariam a escolha de técnicas processuais adequadas; se dependêssemos disso para dar efetividades aos direitos seria ainda mais difícil tornar qualquer deles em ato concreto. Essas considerações dão força e legitimidade para a utilização de normas de caráter vago. No entanto, é preciso estar atento aos requisitos apontados por ALVARO DE OLIVEIRA quando alerta que regras dessa natureza possuem uma “eficácia de trincheira”, exigindo razões extraordinárias e um ônus argumentativo maior que atenda à uma justificativa, fundamentação e comprovação condizente²⁸³ com a importância do direito a que se busca tutelar.

Salienta-se, por oportuno, que o uso de expressões abertas pelo Código representa a tentativa de garantir um tratamento apropriado, principalmente aos direitos não patrimoniais arrolados pela constituição²⁸⁴. Essa afirmação é facilmente comprovada depois que se superou aquele entendimento fundamentalmente moderno de tutelar bens e necessidades diversas sempre pelo equivalente monetário, é por isso que o CPC/15 adotou expressões “como tutela dos direitos, perigo na demora e medidas necessárias – justamente porque abertas e moldáveis concretamente às mais diferentes situações de direito material carentes de tutela - constitui prova de sua atenção à realidade social e ao direito material que lhe cabe efetivamente tutelar”²⁸⁵.

Isso deve ser reforçado porque o dispositivo não serve unicamente para obrigar alguém ao pagamento de quantia, impressão que pode restar após a leitura de alguns artigos sobre o tema. De certa forma essas impressões são compreensíveis, afinal, a extensão do campo de

²⁸¹ CACHAPUZ, Maria Claudia. A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 114.

²⁸² Isso também é um ponto que gera uma divergência considerável na doutrina pátria. Grande expoente, reconhecidamente crítico dessas considerações é o Prof. LENIO LUIZ STRECK que afirma: “Em qualquer “espaço” de sentido – vaguezas, ambiguidades, cláusulas “abertas” etc. –, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em *terrae brasilis*, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito)”. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011. p. 43.

²⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Out./2009, p. 57-74.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 574.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 574.

incidência da norma para abrigar as obrigações de pagar quantia é a grande novidade da previsão do Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, ainda assim há engano nessa forma de tratar a norma, porque enxergá-la tendo esse fim praticamente exclusivo em mente pode gerar ainda mais desconfiança na sua aplicação. Apesar de poder ser utilizada para esse fim, a existência de um artigo com tal previsão não implica na pulverização e inaplicabilidade das previsões sistemáticas que disciplinam a execução de quantia²⁸⁶.

Embora o juiz não possua completa liberdade para desconsiderar as demais previsões e aplicar medidas atípicas, é preciso desfazer esse imaginário de que o dispositivo é uma ferramenta por demais invasiva. A previsão, apesar de não ser uma novidade de três anos atrás segue tendo muitos questionamentos: isso ocorre em razão de resquícios, na cultura jurídica brasileira, de um juiz que serve apenas para “apitar” o jogo da luta das partes. É necessário superar essa imagem porque quanto maior for a importância conferida aos escopos sociais e políticos do processo, maior será a força outorgada à atividade jurisdicional e a natureza do processo passa dessa “luta das partes sob os olhos do tribunal” para “uma comunidade de trabalho entre o tribunal e as partes” que quer proporcionar uma decisão justa, reestabelecer a paz jurídica entre as partes e defender interesses maiores da sociedade²⁸⁷.

Essa atribuição de poderes indeterminados ao juiz não possui um caráter complementar e subsidiário à legislação – como parte da doutrina afirma²⁸⁸ – porque, às vezes, os direitos que precisam ser tutelados no caso concreto não permitem a prolongação excessiva que exigiria tentar o cumprimento da obrigação pela via tradicional e, somente com a demonstração da sua incapacidade de efetivá-los, partir para a utilização das medidas atípicas. Nesse sentido, entendemos que na iminência do caso concreto, muitas vezes, é necessário fixar meios executivos mais adequados à situação concreta *desde logo*. Tais afirmações são corroboradas diante da constituição de um *sistema misto* de tutela executiva que propicia

²⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

²⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71.

²⁸⁸ De modo exemplificativo: “Por mais útil que a medida executiva atípica seja não deve ser a primeira opção processual do julgador e sim, a derradeira, quer no cumprimento de sentença ou no processo de execução de título extrajudicial. [...] Sua utilidade, longe de corriqueira, deve limitar-se a casos não usuais e singulares, onde os meios executivos típicos não surtam o efeito pretendido. CAETANO, Marcelo Miranda. A atipicidade dos meios executivos – coadjuvante com ares de estrela principal –, o art. 139, IV, CPC e o resguardo ao escopo social do processo in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 227.

convivência pacífica entre meios executivos típicos e atípicos²⁸⁹, não existindo nenhuma relação de dependência ou subsidiariedade entre eles.

Por ser um meio para alcançar um fim concreto, a medida também não precisa ser diretamente relacionada ao direito material que se pretende tutelar. A única exigência que ela precisa cumprir é a obediência estrita ao postulado da proporcionalidade, nos termos propostos por HUMBERTO ÁVILA. O autor sinaliza que os postulados normativos atuam na estruturação necessária à aplicação do dever de promover um fim; ou seja, eles prescrevem os modos de raciocínio e de argumentação relativos a aplicação das normas que, em si mesmas, prescrevem diretamente um comportamento²⁹⁰.

A proporcionalidade é exigida em razão da já referida antinomia dos direitos fundamentais que não permite, em todas as situações, a convivência harmônica e simultânea do conjunto total dos direitos fundamentais²⁹¹. A ilusão da existência de um fundamento absoluto para eles pode, inclusive, ser compreendida como um “pretexto para defender posições conservadoras” quando utilizado para formar *obstáculos* à introdução de novos direitos no ordenamento²⁹². O desafio posto aos juristas atualmente não é tanto a *justificação* dos direitos fundamentais²⁹³, mas o sabidamente difícil trabalho de *protegê-los*²⁹⁴. Precipuamente se espera que os juízes ocupem um papel ativo na proteção e efetivação desses direitos, o que está indissolúvelmente ligado à existência de ferramentas para possibilitar a execução dessa tarefa.

O aumento do poder do magistrado gera a necessidade de controle, a fim de evitar uma consolidação do juiz Hulk, figura representativa de um “herói” que tem poderes capazes de, mesmo com pretexto de justiça, transformar em pó as determinações constitucionais no caso concreto. Como demonstramos, tal preocupação não é uma característica do ordenamento brasileiro, pelo contrário, GRECO afirma que “em todos os ordenamentos que autorizam o emprego de meios executivos de coação indireta, seja em obrigações de fazer, não fazer,

²⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 88/89.

²⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 2.

²⁹² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 22.

²⁹³ A afirmação proposta por BOBBIO não se encaixa perfeitamente na realidade brasileira atual considerando que há, por parte de uma parcela da população, que demonstra ignorar o que é e quais são os direitos humanos ou a quem eles se aplicam: “direitos humanos [apenas] para humanos direitos” é um mote conhecido nessas terras.

²⁹⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23. Esse problema é considerado pelo autor como “não filosófico, mas político”, acreditamos que o termo usado por este deve ser interpretado de forma ampla a fim de garantir a classe jurídica sua parcela nessa árdua tarefa.

entregar coisa, seja em obrigações pecuniárias, surgiram preocupações com os limites que devam ter essas medidas na invasão às esferas de liberdade pessoal e patrimonial do executado”²⁹⁵.

Entretanto ainda não é possível dimensionar a relevância do dispositivo, porque a técnica segue não sendo perfeitamente aceita pela jurisprudência nacional que lhe tem negado ou limitado sua aplicação por motivos variados²⁹⁶. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a maioria das decisões que mencionam o artigo afastam sua aplicação²⁹⁷. Por enquanto, em que pese algumas decisões tenham sido publicizadas com alarde, mesmo essas têm sido em sua grande maioria não confirmada em segunda instância. No entanto, apresenta-se (raro) exemplo de decisão dessa natureza que foi confirmada pelo TJRS:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART.139, IV, DO CPC. SUSPENSÃO DA CNH DO EXECUTADO. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO. 1. Preliminar de não conhecimento do agravo de instrumento [...]. No presente recurso, a parte-recorrente impugna a

²⁹⁵ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.p. 398.

²⁹⁶ Por exemplo, a definição da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça de que para a aplicação das medidas executivas atípicas é preciso haver a “existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável” e, ainda serão aplicadas de modo subsidiário. <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/suspender-cnh-execucao-requer-sinais-ocultacao-patrimonio> acesso em 18 de junho de 2019.

²⁹⁷ Os resultados da pesquisa realizada em 09 de maio de 2019 com as palavras-chave “medidas atípicas executivas” apresentam os seguintes dados: 28 decisões proferidas, com repetição do conteúdo de duas naturezas: (1) NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO. MEDIDAS ATÍPICAS. APREENSÃO DE CNH. 1. A adoção das medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC deve ser adequada a ponto de garantir o cumprimento da obrigação e pautada em princípios que regem o processo de execução, como o da menor onerosidade, da proporcionalidade e da boa-fé processual. 2. Na hipótese, inexistente qualquer indicativo de que a apreensão da carteira nacional de habilitação contribuirá para o êxito do processo executivo. Contexto em que as medidas pleiteadas pela parte credora, algumas das quais indeferidas na origem, se revestem de caráter estritamente coercitivo e redundam em cerceamento dos direitos e garantias constitucionais, conflitando tanto com o mencionado princípio da menor onerosidade da execução, quanto com o da boa-fé processual. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70079964813, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 28/03/2019) e (2) AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PEDIDO PARA ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO, CONSISTENTES NA APREENSÃO DO PASSAPORTE E DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO CNH -, BEM COMO NO BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO DA AGRAVADA. MEDIDAS RESTRITIVAS DA LIBERDADE DE IR E VIR E DE DIREITOS INCOMPATÍVEIS COM A PRETENDIDA COBRANÇA DE CRÉDITO. MODOS DE COERÇÃO NÃO PREVISTOS NA LEI PARA A REALIZAÇÃO DE CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO LIMITADOR. INAPLICABILIDADE DO ART. 139, INC. IV, DO CPC/15 AO CASO CONCRETO. AS MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS OU SUB-ROGATÓRIAS DE QUE TRATA O DISPOSITIVO CITADO TEM POR FINALIDADE ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS, O QUE NÃO SE CONFUNDE COM A COBRANÇA DE DÍVIDA. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70080058563, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 20/03/2019).

decisão que determinou a apreensão da CNH, ao passo que, no remédio constitucional impetrado, a discussão direciona-se contra a determinação de apreensão de passaporte. 2. O **inciso IV do art.139 do CPC** prevê medidas coercitivas atípicas, que somente poderão ser aplicadas subsidiariamente àquelas expressa e legalmente previstas. Ademais, **a situação fático-processual de cada caso deve ser devidamente sopesada, inclusive porque, além de ser hipótese excepcional, a aplicação das medidas atípicas tem finalidade coercitiva, e não punitiva.** Na espécie, a adoção de medida extrema **suspensão da CNH -, embora excepcional, não viola o direito de ir e vir do ora recorrente,** porquanto, mesmo que necessite percorrer consideráveis distâncias para o exercício de suas atividades laborais, poderá fazê-lo por outros meios, que não a condução de automotores. **Afora isso, a prova constante dos autos leva à conclusão de que a agravante procura, de há muito, esquivar-se da sua obrigação contraída para com a agravada e, ao mesmo tempo, viaja para o exterior, demonstrando total desprezo em relação à dívida contraída, não esboçando a menor iniciativa em saldá-la, seja a curto, médio ou longo prazo. E isso vem acontecendo há anos.** Efetividade da tutela executiva que deve ser buscada e prestigiada. **A medida imposta é coercitiva e, como tal, deve ser suficientemente rígida, a ponto de ter força persuasiva capaz de constranger o devedor a empregar seus recursos financeiros** que, no caso, restam claros pelos elementos de prova acostados aos autos **para satisfazer a dívida executada.** Manutenção da decisão recorrida. Agravo de instrumento conhecido e improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70079554887, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 21/02/2019) (grifo nosso).

Nesse sentido, o que tem se apresentado na jurisprudência pátria é uma aplicação pontual – até demais em alguns casos, visto que há no imaginário essa subsidiariedade entre as medidas típicas e atípicas – e, ainda assim, circundada de muita discussão e alarde a cada decisão. Atualmente estamos diante de um Poder Judiciário cuidadoso (ao menos na aplicação desse dispositivo específico), e preocupado com os direitos fundamentais, o que tem passado a impressão de que não há essa atividade arbitrária que a doutrina tanto teme²⁹⁸.

Até porque, ainda que sejam proferidas decisões que não se adequem ao que o ordenamento exige, não é lícito condenar esse acréscimo de poderes em face da possibilidade de que deles se faça um *mau uso*²⁹⁹. O *uso arbitrário* dos poderes conferidos ao juiz são uma

²⁹⁸ FERREIRA, Gabriela Macedo. Poder Geral de Efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 39, IV do Código de Processo Civil in Grandes temas do Novo CPC vol. 11 – Medidas Atípicas. p. 392.

²⁹⁹ Para aumentar a credibilidade de seu argumento, com sucesso, GUERRA transcreve trecho de BARBOSA MOREIRA em artigo intitulado “Os novos rumos do processo civil brasileiro” publicado na Revista de Processo (v. 78, p. 140): “Dos poderes acrescidos, aliás de quaisquer poderes, naturalmente se concebe que os juízes façam uso bom ou mau – ou até (conforme sucede com tanta frequência em matéria de iniciativas probatórias) que não façam uso algum... Essa é contingência inerente à condição humana, e seria tão frívolo pretender negá-la quanto usá-la como pretexto para impugnar a outorga, ou proferir a seu respeito condenação sumária, em nome de eventuais destemperos”. GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 166.

possibilidade constante referente a todos os poderes que esse possui, não é uma particularidade desse dispositivo nem da formulação do CPC/15, sendo sempre vedado pelo ordenamento jurídico. GUERRA sugere que tal receio por parte da doutrina, seja utilizado para fornecer e delimitar critérios³⁰⁰ que permitam o uso racional dos poderes indeterminados do juiz na aplicação de medidas coercitivas³⁰¹.

4.2. A constitucionalidade do artigo 139, IV, CPC/15

As regras estabelecidas pelo legislador ordinário somente serão válidas se compatíveis com os preceitos constitucionais³⁰². Essa necessária adequação do dispositivo com os preceitos constitucionais está sob judice na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941/DF que aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal. Ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores a ADIn questiona a utilização de meios executivos que ganharam certa notoriedade na imprensa do país, tais como a suspensão de passaporte e da CNH de executados, afirmando que:

Se o artigo 139, inciso IV, da lei processual, veicula a chamada atipicidade dos atos executivos, mirando maior efetividade, é certo que da leitura daquela norma devem naturalmente ser excluídos atos executivos que afrontem a Constituição Federal.

Entre os dispositivos constitucionais apontados como violados está o art. 1º, III, CF; o art. 5º, incisos II, XV e LIV, CF, bem como dispositivos que tratam especificamente sobre a sistemática dos procedimentos licitatórios³⁰³.

³⁰⁰ Desafio aceito e perfeitamente executado por DIDIER JUNIOR, Fredie. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 307-347.

³⁰¹ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 166.

³⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 1.

³⁰³ O rol completo dos dispositivos constitucionais indicados ainda possui o art. 37, incisos I, XXI, § 3º e art. 175. A decisão da medida cautelar foi dada pelo Min. Relator Luiz Fux, em 17 de maio de 2018, nos seguintes termos: A matéria versada na presente ação direta se reveste de grande relevância, apresentando especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Nesse particular, enfatizo a conveniência de que decisão venha a ser tomada em caráter definitivo, mediante a adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei federal 9.868/1999. Ex positis, notifiquem-se as autoridades requeridas, para que prestem informações no prazo

Tal questionamento é válido e levanta divergências na doutrina. Considerando a qualidade de cláusula geral do dispositivo, o juiz irá, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, definir os meios executivos de maior eficácia e, *simultaneamente*, menor lesividade. Entretanto, qualquer preenchimento valorativo feito pelo juiz em normas infraconstitucionais deve ser realizado com base forte nas regras constitucionais e nos direitos fundamentais de ambas as partes³⁰⁴. Isso porque o Código de Processo Civil deve traduzir a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para a tutela dos direitos³⁰⁵.

ARAKEN argumenta que a atipicidade dos meios executivos contraria a ordem constitucional afirmando ser impossível a privação dos bens de um sujeito sem o devido processo legal (art. 5º, LIV)³⁰⁶. O autor situa a questão, segundo seus próprios termos, como um “problema que se entronca nas bases ideológicas do processo civil”³⁰⁷ advertindo que o “caráter social” não deve autorizar que o juiz intervenha no processo de modo a afastar a aplicação de regras processuais. Para ele, o juiz está obrigado a aplicá-las ou, do contrário, é necessário a declaração de inconstitucionalidade delas – seguido da ressalva “nem o Supremo Tribunal Federal arvora-se explicitamente em legislador positivo”³⁰⁸. Apesar da posição do jurista, pondera-se, por outro lado, que a exigência constitucional de efetividade não transforma as medidas menos efetivas em inconstitucionais, apenas espera-se que essas não sejam aplicadas no caso concreto considerando haver outras medidas que proporcionariam o resultado de forma mais eficiente.

Uma reflexão muito interessante que o jurista nos proporciona é que a existência de dívida insatisfeita ou execução forçada infrutífera não pode ser um pretexto para constranger o obrigado/executado através de medidas que caso previstas *expressis verbis* dificilmente

de 10 (dez) dias. Após, dê-se vista à Advogada-Geral da União e à Procuradora-Geral da República, para que cada qual se manifeste, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em 15/04/2019.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 570.

³⁰⁶ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 152.

³⁰⁷ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos” in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 113.

³⁰⁸ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos” in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 128.

sairiam incólumes ao controle concentrado de constitucionalidade pelo STF³⁰⁹. Tal consideração realizada, no entanto, parece não considerar a descomunal diferença entre a declaração de inconstitucionalidade de uma medida utilizada de forma equivocada em um caso concreto – o que implicaria a simples revogação da medida – da declaração de inconstitucionalidade de plano do artigo que resultará na proibição total da sua utilização no ordenamento.

Por mais que o argumento de que não deve o juiz “engendrar um mecanismo próprio, específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra” seja sensato, nos parece que o autor desconsidera que estamos tratando da fase executiva de um processo judicial que reconheceu que algum direito precisa ser tutelado e que o executado, como que por um capricho, insiste em descumprir a ordem judicial. Para o autor, os meios típicos, além de serem o único método de garantir segurança aos jurisdicionados, também são o máximo que os juízes podem fazer porque, em suas palavras, a ponderação necessária a aplicação das medidas atípicas é uma construção *trabalhosa e artificial*, pouco condizente com as reais condições de trabalho do juiz brasileiro³¹⁰.

Discordamos do autor porque a constante busca pela melhoria do desempenho processual não deve ser impedida por argumentos que girem em torno da impossibilidade dos juízes de exercerem a tarefa para qual foram designados. Ainda, há considerável parte da doutrina compromissada com a efetivação e celeridade da prestação da tutela que, no entanto, não está disposta a varrer os direitos fundamentais para segundo plano³¹¹. Em verdade, trata-se do contrário: exatamente por defender a efetivação dos direitos fundamentais é que se busca o aprimoramento do processo civil.

Precisamente os argumentos que nos indicam a constitucionalidade do dispositivo, relacionam-se com o direito constitucional ao processo e, especificamente, à execução presentes no art. 5º, XXXV, CF. ALVARO DE OLIVEIRA afirma que a Constituição Federal de 1988 exige do processo uma garantia de *resultado*, assegurado um procedimento justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LV e LVI), e liga teleologicamente o direito de “agir em juízo” com

³⁰⁹ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos” in TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 131.

³¹⁰ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 152.

³¹¹ Apenas para citar alguns dos autores, que tiveram suas obras e nomes referenciados ao longo desse trabalho: CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, DANIEL MITIDIERO, FREDIE DIDIER JUNIOR, LUIZ GUILHERME MARINONI, MARCOS YOUJI MINAMI, MARIA CLAUDIA CACHAPUZ, MARCELO LIMA GUERRA, TEORI ALBINO ZAVASCKI, entre tantos outros.

a obtenção da tutela do direito reconhecido³¹².

Para ZAVASCKI, a ordem jurídica brasileira precisou construir soluções para lidar com as tensões entre o direito à *efetividade* do processo e o direito à *segurança jurídica* e que, considerando as opções adotadas, a efetividade galgou uma posição de destaque sendo agora tão importante para o sistema que deve ser entendida como um verdadeiro *princípio de interpretação* das demais normas³¹³. Valendo-se da escolha do legislador em permitir, diante de cognição sumária, a concessão de medidas capazes de promover a antecipação da tutela – tema central de seu artigo – o autor afirma que foi estabelecida uma marcada primazia da efetividade sobre a segurança³¹⁴, o que nos leva a um sistema que precisa ter o resultado da aplicação das demais normas direcionados a ela³¹⁵ (i.e. à efetividade).

Ponto (quase absolutamente³¹⁶) comum dos variados posicionamentos sobre o assunto, está na indispensabilidade do controle dos atos executivos. Possuir meios objetivos para poder definir o acerto ou o exagero na utilização de uma medida atípica é o que torna possível o exame da atuação dos magistrados. Aspecto muito relevante em um “Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz dos seus poderes” está na confiança que os jurisdicionados possuem no Poder Judiciário, via de legitimação constante perante a sociedade civil³¹⁷. Então, desde que haja a devida fundamentação de modo que seja possível o escrutínio das razões que conduziram o magistrado a proferir tal decisão, não vemos razão para a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, visto que no embate entre a efetividade e a segurança jurídica, a primeira se sobressai em virtude da escolha do constituinte, seguida da reafirmação pelo legislador ordinário, em exigir do Poder Judiciário a prestação de tutela adequada aos direitos.

³¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Tutela Jurisdicional in Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org. Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109.

³¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 15.

³¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 10.

³¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 15.

³¹⁶ Aqui nos referimos ao posicionamento de ARENHART no artigo “A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas” exposto na nota 265.

³¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Out./2009, p. 57-74.

4.3. Fundamentação e discricionariedade

Superada a negação da existência de um espaço de subjetividade do juiz ao decidir – inquestionável diante de um Direito de natureza indeterminada e do reconhecimento da equivocidade da linguagem e vagueza das normas – resta como questão a necessidade de tornar essas decisões intersubjetivamente controláveis³¹⁸. Nas palavras de CAPPELLETTI agora é que começa “a verdadeira discussão” que não versa sobre criatividade/não criatividade que pode o juiz exercer, mas sobre o *grau* de criatividade abrangendo os *modos*, os *limites* e a *legitimidade* dessa³¹⁹.

Tal questão não passou despercebida pela teoria do formalismo-valorativo. As formalidades necessárias ao bom andamento do processo judicial atuam essencialmente como uma “garantia de liberdade do jurisdicionado contra o possível arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”³²⁰. Isso porque se reconhece que deixar as regras do procedimento ao “querer do juiz”, ainda que sob a exortação de que ele precisa se ater às necessidades do caso concreto, poderia gerar um desequilíbrio intransponível entre o direito das partes e o poder do magistrado³²¹. Essas formalidades predefinidas existem com o fito de conter o arbítrio judicial. Isso não implica, no entanto, em um procedimento completamente definido: em questões pontuais foi assegurado ao magistrado margens para adequar o processo. O objeto do trabalho é exatamente um exemplo disso, o legislador brasileiro determinou que a escolha dos meios que serão utilizados para a execução das decisões judiciais pode ser definida pelo julgador, que está mais próximo da realidade do caso concreto e, ao menos teoricamente, poderá optar por ferramentas que sejam mais eficientes para a tutela dos direitos.

No entanto, não se pode negar que as críticas a essa discricionariedade atribuída ao juiz são duras e, por vezes, acertam em cheio os aspectos problemáticos de algumas decisões. Essa ideia de que o juiz pode “invocar o justo contra a lei”³²² é perigosa, considerando que existem

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 138.

³¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25.

³²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

³²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 29.

³²² Encontra críticas pertinentes em: MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, 2008. p. 158.

diferentes critérios de justiça que se moldam – além do aceitável – de acordo com a subjetividade do julgador.

As ideias defendidas ao longo desse trabalho, são questionadas individualmente e em conjunto por autores que condenam a assunção do papel de protagonista na concretização dos direitos pelo juiz. Alguns desses críticos afirmam que enxergar na Constituição um remédio para todos os males é *ingenuidade* e que aliada a princípios e cláusulas abertas essas teorias conduzem diretamente ao velho dilema do ativismo judicial³²³. A impressão que nos resta dessas críticas é que seus autores ainda não absorveram o fato de que o direito, apesar de ser ciência, é idealizado, feito e aplicado por *humanos*. Aparentemente, a cultura moderna da perfeição jurídica e cientificação exacerbada, na busca incessante de demonstrações geométricas e matemáticas no direito segue sendo um fator presente na doutrina pátria.

Há, por outro lado, críticos que acusam o Poder Judiciário de praticar um ilegítimo ativismo judicial e defendem que as disposições constitucionais são o único resguardo dos jurisdicionados³²⁴. Ora, se a lei e a Constituição são os parâmetros para a correta aplicação do direito e possuem conceitos juridicamente indeterminados e propositalmente fluídos, em muitos dispositivos, não há como privar o aplicador do direito, obrigado que está a optar por uma série de alternativas válidas e legítimas para decidir o caso concreto, de realizar essas escolhas (nesse sentido, de fato não se teve acesso a nenhum material doutrinário que propusesse de forma objetiva outra “forma de fazer Direito”).

No entanto, isso não significa que a sociedade civil e a doutrina devem calar-se diante de uma atuação que extrapole os limites aceitáveis. A tarefa primordial do magistrado é, nas palavras de DINAMARCO, pacificar segundo critérios de justiça³²⁵ a qual tomamos a liberdade de acrescentar a incumbência de decidir segundo critérios de racionalidade.

O grande desafio, portanto, é controlar e definir esses critérios. ALEXYS, diretamente envolvido em seus estudos tanto com a teoria dos direitos fundamentais quanto com modelos de argumentação jurídica, relaciona a existência dos primeiros e sua exigência de ações estatais positivas com a inevitável concessão de discricionariedade ao magistrado na escolha

³²³ MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, 2008. p. 155.

³²⁴ É isso que se absorve da vasta produção textual de LENIO STRECK, que pode ser observada em tanto em suas obras (das quais se destaca “Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas” apenas pelo maior contato obtido na realização dessa pesquisa) quanto em seus escritos periódicos à revistas, sites e blogs (do qual se destaca o Consultor Jurídico).

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 371.

dos meios necessários à sua proteção. Reconhecidamente, a escolha da atipicidade para se alcançar um fim pode prejudicar outras finalidades defendidas no ordenamento, em maior ou menor grau. Isso ocorre porque os direitos do exequente e do executado estarão em conflito e serão prejudicialmente afetados quando a discricionariedade transpuser os limites infra e constitucionalmente definidos.

Como referimos, a escolha da medida executiva deverá ser feita com base no postulado normativo da proporcionalidade e demanda a imprescindível justificação das razões que a fundamentam. A justificação é absolutamente indispensável, visto que sua ausência ou inadequação ao sistema jurídico torna arbitrária a opção realizada pelo juiz – passando do campo da discricionariedade admissível³²⁶. A legitimidade da preferência do juiz pelo uso de medidas atípicas depende não só de sua “adequação” e “idoneidade” para a efetivação da tutela do direito, mas também importa que a medida escolhida seja, dentre as escolhas possíveis, a “menos onerosa” ao demandado. Nesse sentido, o equívoco na justificativa *evidencia* a ilegitimidade da opção escolhida³²⁷.

Portanto, na esteira de ALEXY, a doutrina definiu a ponderação exigida frente ao caso concreto articulada por meio de um discurso jurídico devidamente justificado como “ponto-chave” na busca de racionalização³²⁸. Nesse sentido, nem as normas de expressão fluida, sujeitas a preenchimento valorativo, tal qual a nossa cláusula geral executiva, podem ser arbitrariamente subsumidas; deve-se estrita obediência à finalidade da norma³²⁹ que, nesse caso, busca privilegiar a celeridade e adequação da prestação jurisdicional.

Por tudo que já se disse sobre as medidas atípicas executivas, mostra-se evidente a necessidade de ponderação, no caso concreto, sobre direitos fundamentais em jogo e a demonstração da relevância do bem jurídico o qual se pretende proteger para demarcar a intensidade da sua aplicação³³⁰. O segundo aspecto de maior relevância está, precisamente, na necessidade de fundamentação da decisão, posto que evidencia se a ponderação foi corretamente realizada. O Código de Processo Civil deu especial atenção à fundamentação

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em 15/04/2019.

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 165.

³²⁸ CACHAPUZ, Maria Claudia. A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 100.

³²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995. p. 13.

³³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

que demanda a (re)adequação do arcabouço doutrinário e jurisprudencial nos próximos anos, afinal, não se trata mais de mera motivação que “registra o que o moveu a decidir” de tal maneira, mas que esta seja o resultado direto do enfrentamento genuíno das razões, teses e provas trazidas pelas partes³³¹, bem como as razões constitucionais que direcionaram a decisão tomada.

Portanto, na execução civil em razão de estarmos inevitavelmente diante da colisão de direitos fundamentais do exequente e do executado haverá sempre a necessidade de ponderação que, por si, demanda a explicitação das razões que propiciaram tal resultado à lide. O art. 139, IV, CPC, que concede ao juiz o poder-dever de ordenar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento de decisão judicial, então, é um dos dispositivos do direito brasileiro que nos permite lidar com o problema da execução concedendo uma margem discricionária na escolha dos meios que poderão propiciar exatamente o que todo o sistema jurídico demanda: efetivação dos direitos. É claro que disso não se segue que o juiz brasileiro deva ser um juiz Hulk (desregradamente poderoso) nem MacGyver (um mestre das gambiarras jurídicas), pois também é sempre necessário que haja parâmetros racionais que possibilitem o maior controle intersubjetivo possível das decisões do judiciário.

³³¹ BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo código de processo civil. Revista de Processo | vol. 256/2016 | p. 35 - 64 | Jun / 2016.

5. CONCLUSÃO

As impressões de que esse dispositivo pode ser uma ferramenta de grande utilidade para uma execução que se encontra em meio a uma crise de inefetividade e o receio de que sua utilização possa se tratar de uma faca de dois gumes que, em busca da efetividade, abre espaço para incentivar ou camuflar um ativismo judicial pernicioso nos coloca um problema. Assim, no início de nossa pesquisa, tal como aconteceu com Brás Cubas, uma ideia fixa pendurou-se no nosso trapézio e exigiu ser decifrada: como manter as impressões (de que o dispositivo pode ser algo bom) e, ao mesmo tempo, impedir que os receios se realizem? Para entendermos isso com propriedade, foi necessário esclarecer o que exatamente é a cláusula executiva, qual a sua natureza e de que forma é possível utilizá-la corretamente para que a sua potencialidade de efetivar direitos se torne ato sem que outros direitos fundamentais (que sempre devem ser observados) sejam afetados de maneira imprópria. Exige-se, então, o estabelecimento de critérios de racionalidade para que a sua aplicação não prejudique mais do que possa concertar.

No primeiro capítulo, estabelecemos premissas básicas que propiciaram o desenvolvimento do trabalho. Iniciamos pela natureza da técnica legislativa empregada: cláusula geral cuja previsão intencionalmente vaga concede ao juiz uma margem de adequação processual: ele a preenche com o suporte fático do caso concreto e determina a consequência jurídica que ela acarretará, reconhecendo certo grau de criatividade às escolhas do magistrado. A atividade jurisdicional, nos limites específicos para analisar o processo executivo oriundo de sentenças e decisões judiciais, foi definida como a formulação de uma regra jurídica concreta imperativa, obtida através de cognição judicial, que será efetivada por meio de atos materiais e tem como resultado a prestação da tutela ao jurisdicionado. Identificamos que o ofício jurisdicional só está plenamente finalizado com a concretude dos direitos reconhecidos. Delimitamos a execução forçada como o conjunto de atos estatais que com, sem ou até contra a vontade do executado estão autorizados a invadir seu patrimônio para realizar o resultado prático equivalente ao cumprimento da decisão de forma espontânea.

Sinalizamos as separações conceituais dos tipos de execução de cunho direto ou indireto e das medidas divididas em típicas e atípicas. Desse ponto, passamos para um estudo da tutela executiva sob o prisma dos meios que agirão para produzir os resultados. As medidas indiretas, ponto de maior polêmica do tema, receberam uma abordagem mais detalhada analisando as formas de coerção patrimoniais e pessoais, definindo seu caráter instrumental e

a necessidade da sua aplicação após ser aprovada nos exames do postulado normativo da proporcionalidade.

E como não é possível falar sobre processo executivo sem haver colisão de direitos fundamentais à espreita, fizemos uma série de considerações sobre o conceito porque é preciso estar ciente de que essas normas têm um caráter duplo (nuances de norma e princípio simultaneamente) e que causam, muitas vezes, antinomias no sistema porque a realização integral de um direito pode impedir a realização de outro; tudo isso para dizer que a solução só pode ser confeccionada com base no caso concreto que está diante do julgador. É com base nisso que ele poderá definir qual direito terá precedência aos outros naquela situação específica. Nesse ritmo ainda tratamos sobre a lei do sopesamento de ALEXY e de ÁVILA dando abertura para o tratamento que o tema terá nos próximos passos do trabalho.

No segundo capítulo, identificamos que em todos os períodos históricos houve, em algum momento, o reconhecimento de que o juiz precisa de uma margem para atuar: no direito romano primitivo ele era apenas um cidadão comum que devia ater-se aos poderes concedidos pelas partes para dar uma *sentença-parecer* que seria executada pelo exequente até que, investido de jurisdição, passou a ter poder e maior ingerência sobre a fase executiva e isso gradualmente trouxe mais controle sobre o processo e a conseqüente humanização da execução. No início da idade média a jurisdição sequer era acionada pelos germânicos para que os conflitos entre os cidadãos fossem solucionados; com o renascimento do direito romano e posterior fusão entre eles, gradativamente a figura do magistrado ganha importância e acrescenta aos seus ofícios as mais variadas incumbências. Na era moderna, no entanto o juiz era poderoso *demais*, influente e ligado à realeza que através de um sistema estratificante esmagava as outras classes sociais, o que impulsionou o movimento contrário: era preciso retirar poder desse juiz para que os jurisdicionados pudessem ser livres e iguais. Na contemporaneidade recupera-se o entendimento que não é apenas essencial que o juiz possua poderes para efetivar os direitos, mas que isso é a base da eficiência de todo o sistema jurídico.

A lição que fica, similar ao que ALVARO DE OLIVEIRA já havia sinalizado é que as concepções privatistas de execução não correspondem às exigências atuais. É preciso superar as compreensões unilaterais tanto no sentido de analisar detidamente apenas norma ou apenas fato quanto em criar um sistema jurídico que proporcione infundados favorecimentos ora do exequente ora do executado. A ciência jurídica e o processo precisam estar em uma busca

constante pelo ponto de equilíbrio entre os interesses colidentes para que a aplicação do direito se dê de forma correta e justa, mas também capaz de garantir a efetivação da tutela jurisdicional.

No terceiro capítulo, aptos a discutir o artigo 139, IV do CPC, com fundamento amplo em doutrina consagrada sinalizamos que a correta aplicação do artigo pode ser essencial para que haja concretização do direito fundamental à tutela executiva, que não deve ser tratada meramente como retórica e sim efetivada pelo Estado que detém o monopólio da imposição do Direito. Algumas considerações foram levantadas em torno da sua natureza instrumental, dos critérios de aplicação e da imperiosa verificação da sua correta utilização que deve ser baseada nos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda, nos apropriamos da “teoria lúdica do direito” de OST e suas derivações para demonstrar o quanto é importante para os juristas identificar uma imagem, ainda que um modelo generalista e por vezes sarcástico, para ter uma margem de previsibilidade sobre o modo como os juízes agem em um dado sistema jurídico. Por fim, tratou-se do incremento nos poderes e atuações do Poder Judiciário no Estado social que demanda a proteção de direitos fundamentais variados o que, por vezes, se mostra um trabalho complexo que exige ponderação – assunto sensível que nos leva diretamente a necessidade de fundamentação condizente – que é o modo de demonstração que a doutrina reputa como racional e capaz de divulgar para os jurisdicionados e sociedade em geral que a escolha feita por ele se justifica no caso concreto mesmo que importe certa afetação de outros direitos.

Para encerrar basta salientar que na esteira dos preceitos constitucionais e da densificação desses realizadas pelo Código de Processo de 2015 está um processo civil atento às diferentes formas de tutelas que dele se exige e que busca dar meios adequados para a satisfação dos variados bens e necessidades que são sua responsabilidade *garantir e efetivar*. A tônica do processo civil de resultados, de caráter instrumentalista deve ser entendida como a confirmação da promessa constitucional da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, porém a ressalva de ALVARO DE OLIVEIRA é de excepcional importância nesse ponto das discussões: “a efetividade só é virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo”.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Out./2009, p. 57-74.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais in Do Formalismo no Processo Civil. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260-274.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e Execução da Sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso orgs. Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. Disponível em <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>. Acesso em 30/04/2019
- ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro vol. II. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova edição 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.
- CACHAPUZ, Maria Claudia. A obrigação pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018.

- CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- CANOTILHO, José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídico*, n. 12, ano VIII. Fortaleza, p.118-130, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>. Acesso em 30/04/2019.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 5: execução. 7ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª edição revistada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. 2ª tiragem da 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito Processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. São Paulo: M.E. Editora e Distribuidora, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2ª edição. São Paulo: Edição Saraiva, 1963.
- LIMA, Rafael de Oliveira. A atipicidade dos meios executivos no código de processo civil brasileiro de 2015. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 261 – 282, Jul/Dez., 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutória*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019.

- MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em 15/04/2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 1: Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 2. ed. e-book baseada na 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do Juiz Hércules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. Revista de Processo – RePro, Ano: 40, N°: 250. Dezembro de 2015. P. 437-460.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 228-238, abr./jun. 2001.
- OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993p. 169-194.
- PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. O devido processo legal e a execução civil in Execução civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, p. 54 – 104, Out/Dez. 2000.
- SCARPARO, Eduardo Kochenborger. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8755/6572>. Acesso em 30/04/2019.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Sentença e coisa julgada: ensaios. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas Executivas Atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC vol. 11. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados In Processo Civil Comparado: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no processo civil. Revista de Processo vol. 46/1987, p. 152 – 164, Abr/Jun., 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 56ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Ponderação, argumentação, racionalidade: Robert Alexy e seus críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul/set., 1995.