

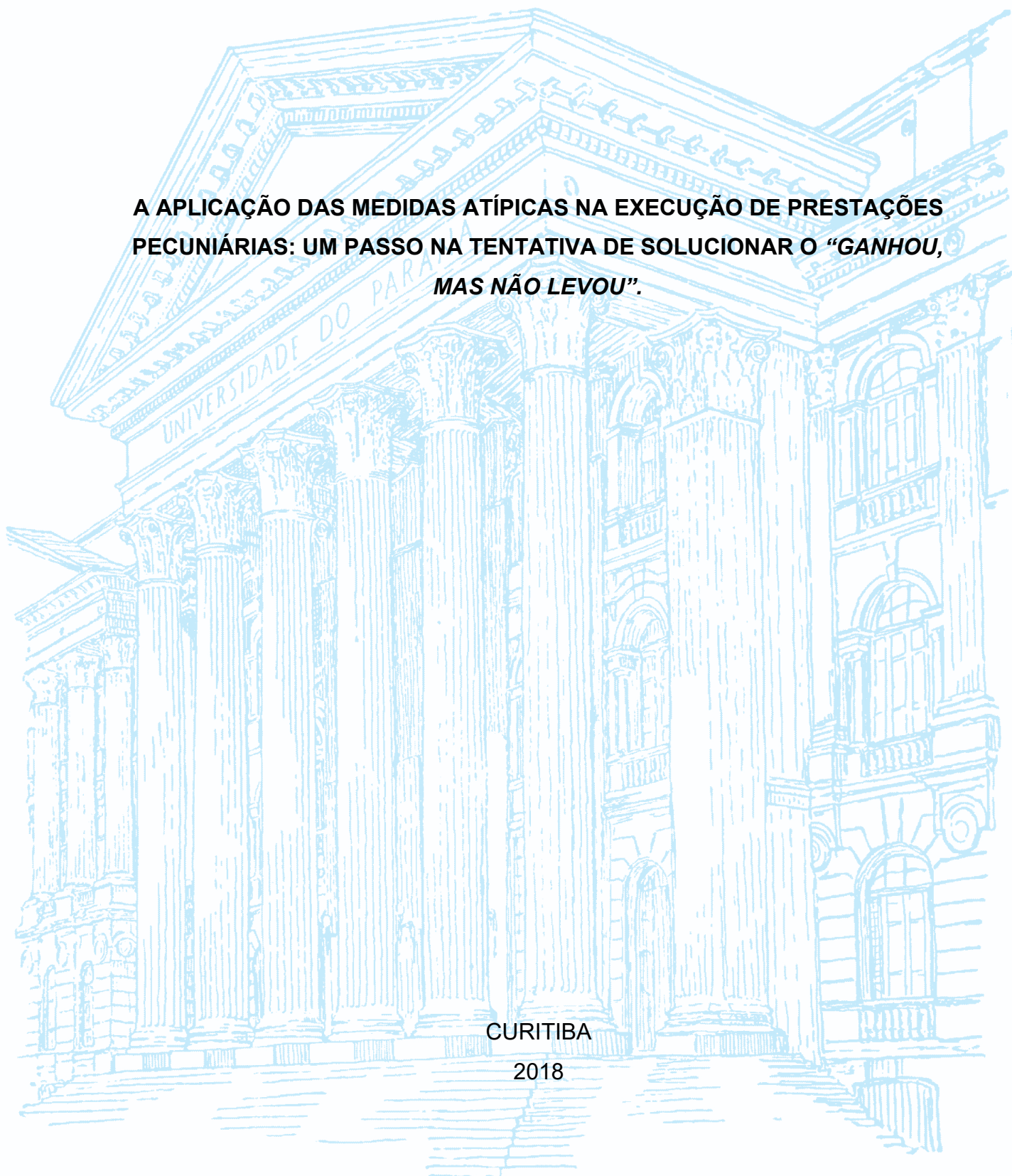
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO RODRIGO CARNEIRO DE SIQUEIRA

**A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE PRESTAÇÕES
PECUNIÁRIAS: UM PASSO NA TENTATIVA DE SOLUCIONAR O “GANHOU,
MAS NÃO LEVOU”.**

CURITIBA

2018



PAULO RODRIGO CARNEIRO DE SIQUEIRA

**A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE PRESTAÇÕES
PECUNIÁRIAS: UM PASSO NA TENTATIVA DE SOLUCIONAR O “GANHOU,
MAS NÃO LEVOU”.**

Artigo apresentado como requisito parcial à conclusão do curso de DIREITO, Setor de CIÊNCIAS JURÍDICAS, Universidade Federal do Paraná.

Orientador/Professor: Prof. Dr. ROBERTO BENGHI DEL CLARO

CURITIBA
2018

A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS: UM PASSO NA TENTATIVA DE SOLUCIONAR O “GANHOU, MAS NÃO LEVOU”

PAULO RODRIGO CARNEIRO DE SIQUEIRA¹

RESUMO:

Esse ensaio pretende investigar a possibilidade de o magistrado, com base no poder geral de efetivação (art. 139, inciso IV, do CPC/2015 – LGL\2015\1656), restringir determinados direitos individuais para obter a satisfação de obrigações pecuniárias. Para tanto, analisar-se-á a interpretação (e o alcance) deste dispositivo legal em consonância com os princípios e direitos fundamentais envolvidos nessa temática, assim como a (in)eficiência da tutela jurisdicional, num prisma amplo e fundado no caso concreto.

Palavras-chave: Medidas atípicas executivas. Obrigações pecuniárias. Direito à efetivação. Tutela executiva.

Sumário: 1. Introdução – 2. O processo civil visto pelas lentes dos Direitos Fundamentais – 3. O “ganhou, mas não levou”; da sentença condenatória à execução – 4. Medidas atípicas na execução de quantia certa – 5. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, vê-se a necessidade de realizar algumas digressões oportunas, as quais estão imersas na visão de um processo civil constitucional², caminhando pela perspectiva do credor, do devedor (à

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

2 Marinoni, Arenhart e Mitidiero assinalam que “[...] o direito processual civil assume uma dimensão essencialmente democrática e deve ser pensado na perspectiva do Estado Constitucional, constituindo um verdadeiro ponto de encontro de direitos fundamentais”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 704). No mesmo sentido, “A Constituição Federal é o ponto de partida para a compreensão mais adequada do que é o processo civil. É em suas normas que podemos extrair a essência, a finalidade e a forma do processo em um Estado Democrático de Direito. [...] Em se tratando especificamente do Processo Civil, isso significa que as normas do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante, como um todo, somente podem ser integradas e satisfatoriamente interpretadas em cotejo com aquelas dispostas na Constituição Federal, isto é, não se bastam sozinhas. É a própria Constituição que

luz dos direitos fundamentais envolvidos), do papel do julgador, assim como pela sistemática disposta no “novo” Código de Processo Civil (LGL/2015/1656).

Primeiramente, aponta-se que o “*Estado Constitucional [...] tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo* (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 705)”.

Reforça-se que, na linha de raciocínio desenvolvida pelos processualistas retro, “*O direito ao processo justo é um direito de natureza processual*”, o qual implica ao Estado, nas suas funções judiciária, legislativa e executiva, portanto, perfaz-se ao poder públicos verdadeiros “*deveres organizacionais*”.

O que se quer dizer, com ares de obviedade³, é que o processo civil deve ser visto e lido pela lente constitucional e, em especial, pelas dos direitos e garantias fundamentais.

Por isso, também se mostra interessante apontar os princípios constitucionais gerais⁴ aplicáveis à temática, as normas e princípios gerais do processo civil e, especificamente, as regras jurídicas atinentes à execução⁵ de quantia certa (dar soma em dinheiro).

orienta todo o ‘dever-ser’ do processo e de todos os seus temas e institutos.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de Processo Civil. Vol. 1. ed. 12ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 55).

3 “Um fenômeno relativamente recente no país tem provocado uma profunda alteração em todos os ramos do Direito: a constitucionalização do ordenamento jurídico. É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc. – em que a Constituição não seja em algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão. Mas não é só nos tribunais que este fenômeno se desenrola: nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas o discurso constitucional está, em alguma medida, penetrando. A Constituição tornou-se ubíqua”. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 18/10/2018.

4 Acerca disso, Paulo de Barros Carvalho discorre, com a excelência que lhe é peculiar, que o “*componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em Direito, utiliza-se o termo ‘princípio’ para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma.*” (CARVALHO, 2018, p.169).

5 Cabe apontar que, nos termos dispostos por Godoy e Leroy, o processo de execução na nova codificação processual civil “[...] foi alvo de alterações pontuais, a maioria delas tendentes (i) ao aprimoramento da efetividade do processo de execução – que tem como finalidade a satisfação do direito material.”. Realmente, argumentam que “[...] o Novo Código busca alterar paradigmas, sobretudo com o incentivo [...] à consolidação da efetividade do processo.” (GODOY, Daniel Polignano; LEROY, Guilherme Costa. Processo de execução. THEODORO JR, Humberto (Coord.) Processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.)

Nessa esteira, verifica-se que “os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o Poder Público, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação, uma vez que essa não pode ser dissociada de tais direitos”⁶.

2. O PROCESSO CIVIL⁷ VISTO PELAS LENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS⁸

No contexto acima introduzido, tem-se que a proteção e a concretização dos direitos fundamentais ganharam papel central, assumindo um caráter paradigmático, cujo protagonismo deve ser efetivamente levado em consideração na aplicação do direito no caso concreto.

O que se pretende dizer com isso, com fulcro na dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais⁹, é que as normas dessa natureza “[...] afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos” (MARINONI, 2013, p. 82).

Ultrapassado isso, tem-se que o inciso LIV, do art. 5º da CF assim dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Acerca disso, vislumbra-se a verdadeira instituição do “direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p.703).

6 Idem supra.

7 Pelo ponto de vista ontológico, “o processo civil visa à tutela efetiva dos direitos mediante processo justo”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 705).

8 É importante destacar a grande e inevitável interrelação do processo e o direito material. Nesse aspecto, DIDIER afirma que “O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica para a qual serve de instrumento de tutela. [...] O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. (DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e ao Processo de Conhecimento. Vol. 1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2012. p. 27/29).

9 “A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado Democrático, operando como limite de poder e como diretriz para a sua ação. [...] Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para ação todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 709).

Desse modo e em pleno diálogo com exposto, verifica-se que o direito de ação pode ser compreendido *“como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante o processo justo”*¹⁰.

Aliado a isso, ainda, tem-se que *“[...] ao vedar a autotutela e afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5.º, XXXV, da CF), a nossa Constituição admite a existência de direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva”* (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p. 705).

Em outras palavras, negar essa noção é admitir não só o esvaziamento do *“direito à tutela jurisdicional”*, como do direito materialmente considerado, ou seja, é uma dupla negativa, repercutindo tanto no aspecto processual quanto no material.

Pois bem, nesse cenário, observa MARINONI¹¹ que o *“direito à tutela jurisdicional deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas: (i) do acesso à justiça; (ii) da adequação; (iii) da efetividade da tutela”*.

Em tal particular, vê-se que *“o juiz tem o dever de interpretar¹² e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos”* (DIDIER, 2012, p. 32/33).

Nesse sentido, tem-se que, sob a óptica de DIDIER (2012, p. 32/33), *“[...] a constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo”, em função disso, em uma primeira perspectiva, é possível perceber que “[...] há uma incorporação aos textos constitucionais, inclusive como*

10 Embora a Constituição traga em seu bojo o termo devido processo legal, adota-se no presente ensaio a locução defendida por MARINONI processo justo. Assim se prefere, pois, *em primeiro lugar*, aquela expressão *“remete ao contexto cultural do Estado de Direito”*, no qual era tido o processo exclusivamente como contraponto ao despotismo estatal, na medida em que atualmente o Estado Constitucional *“tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 705. Prefere-se essa denominação àquela mais difundida, vale dizer, devido processo legal. (histórico, LENZA)

11 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p. 715/716.

12 Vale dizer que interpretar assume o sentido proposto por HUMBERTO ÁVILA, qual seja, *“construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentido, que são, por assim dizer, construídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.”* (ÁVILA. 2005, p. 25). Nesse sentido, ainda, PAULO DE BARROS DE CARVALHO preleciona que *“[...] a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir conteúdo, o sentido e alcance das regras jurídicas”* (CARVALHO, 2018, p. 117). Desta forma, *“se nos propusermos analisar um determinado dispositivo legal e formos aplicar os princípios, instrumentos e fórmulas preconizadas pela Hermenêutica, aí, sim, estaremos certamente desenvolvendo uma atividade interpretativa”* (CARVALHO, 2018, p.118).

direitos fundamentais”, como, de outro giro, “[...] a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas”. (DIDIER, 2012, p. 32/33).

Verticalizando para o fim aqui proposto, averigua-se que os arts. 4º e 6º¹³ (*in fine*) do NCPC (LGL/2015/1656) escancaram essa repaginada da processualística civil pátria na maneira de enxergar o processo, privilegiando (destaca-se aqui a posição de norma fundamental do processo – nome do respectivo capítulo), sucessivamente, a primazia da solução de mérito e a garantia da razoável duração do processo¹⁴, cuja decisão meritória deverá ser justa e efetiva.

Diante disso, “[...] não basta parar na ideia de que o direito fundamental que o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a estruturação técnica do processo”, precisa-se ir além “e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 135).

Acrescenta-se, que “o Encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual de acordo com direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁵”, nesse contexto, tem-se que a respectiva interpretação conformativa deve permitir “a efetiva tutela do direito – identificado no caso concreto¹⁶”(MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 135).

13 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

14 A qual, nas palavras de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “[...] compreende não apenas o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para ultimação da atividade satisfativa”. (THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.76).

15 A efetividade, como primado assegurador da entrega da tutela executiva, conforme lição de GUERRA, consiste “[...] na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qual direito merecedor de tutela executiva” (GUERRA, Marcelo Lima, Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.)

16 Reforçando essa noção, HUMBERTO THEODORO JUNIOR destaca que o princípio da cooperação (cooperação processual), cunhado como norma fundamental no art. 6º do CPC (LGL/2015/1656) dispõe sobre “[...] deveres que complementa a garantia do contraditório, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva. A cooperação, assim entendida, compreende o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional”. (THEODORO JR, 2016, p. 27/28).

Ademais, de acordo com o que MARINONI, ARENHART, MITIDIERO (2016, p. 135) destacam, “[...] no caso de normas abertas, à espera de concretização judicial, é óbvia a imprescindibilidade de o juiz se pautar no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.

Sinteticamente, portanto e conforme ensinam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2016, p.135):

“[...] é correto falar, nesse sentido, em concretização da norma processual, isto é, na aplicação da norma processual no caso concreto ou, ainda, na identificação e utilização da técnica processual – apenas autorizada pela norma – adequada às necessidades concretas”.

Na referida conjuntura, “a concretização da norma processual deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição decorre, evidentemente, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p.135) e que, à vista disso, deve aclarar a conclusão judicial.

Ante ao exposto, constata-se que o processo justo deve ser encarado como meio apto e legítimo a fornecer, tempestiva e adequadamente, o direito material buscado¹⁷.

Grande parte do acima transcrito favorece ao autor, contudo, noutra vértice, o executado também tem proteção ao processo justo (e toda as suas implicações explícitas e implícitas no texto constitucional), pois, na linha do disposto no inciso LIV da Constituição Cidadã “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Disso, extrai-se um acervo de regras relacionadas à proteção (salvaguarda) do executado, tais como sua dignidade e o respectivo corolário relativo ao direito ao patrimônio mínimo¹⁸ (mínimo existencial, e.g., impenhorabilidade de certos bens –

17 “O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem com um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. (DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO, Leonardo da Cunha; BRAGA, Paula Sarno Braga; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 65)”

18 Tal noção está intimamente ligada “[...] com a atual preocupação do legislador em criar freios à busca sem limites da satisfação do exequente na execução, mantendo-se a mínima dignidade humana do executado. [...] Como se nota, a impenhorabilidade de bens é a última das medidas no

art. 833 e ss. do CPC), a tipicidade dos meios executivos¹⁹, a responsabilização patrimonial (execução é real e não pessoal²⁰), o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da menor onerosidade da execução (o qual impede eventual o abuso de direito pelo exequente²¹), a regra de que não há execução sem título – *nulla executio sine titulo*²².

Portanto, não sendo o insolvente o executado, “[...] realiza-se a execução no interesse do exequente...” (art. 797, caput, do CPC – LGL/2015/1656), a qual, quando o seu objeto versar sobre “entrega” de quantia certa, poderá se dar tipicamente²³ (conforme estrutura normativa disposta do art. 824 ao 909 do CPC) ou, ainda, atipicamente forte no arts. 139, IV (e 297²⁴), ambos do CPC²⁵.

O art. 139, inciso IV, do CPC assim dispõe:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

trajeto percorrido pela ‘humanização da execução’. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 1.134).

19 Além de ser um método de controlar a atividade do julgador, a tipicidade assegurar “[...] a liberdade ou a segurança do cidadão – ideais intimamente ligadas aos valores liberais” – (DIDIER et al, 2017, p. 99/100); No mesmo sentido: “*Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo*” (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do Juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.225.).

20 “A humanização do direito trouxe consigo este princípio, que determina que só o patrimônio e, não, a pessoa submete-se à execução. Toda execução é real. A humanização do Direito ainda fez com que, mesmo o patrimônio do devedor, alguns bens não se submetessem à execução, compondo o chamado *beneficium competentiae*.” (DIDIER et al, 2017, p. 69).

21 Este “[...] princípio é uma dessas normas de proteção do executado, e não fonte de todas as outras”. Portanto, esta norma não deve ser compreendida como informadoras da outras que integram o processo executivo. ((DIDIER et al, 2017, p. 78). Diante disso, “*O devedor não pode invocar a menor onerosidade como fundamento para furtar-se ao cumprimento da prestação na forma específica*”. Enfim, a forma de se chagar ao resultado, conforme o direito material respectivo, “[...] é que deve ser a menos onerosa possível ao executado.” Nesse contexto, BARBOSA MOREIRA ensina que “*a opção pelo menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais.apud DIDIER et al, 2017, p. 81).

22

23 Como anota GUERRA: “[...] pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema: a) típico, quando as providências que o compõem são tipificados em lei; b) atípico, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz; c) misto, quando é construído por providências típicas (predeterminas na lei) e atípicas (determinadas pelo juiz, caso a caso”. (GUERRA, 1999, p. 29).

24 Acerca desse texto normativo, DIDIER afirma que “[...] serve à tutela provisória e garante que a sua efetivação dar-se-á também atipicamente. Sucede que a atipicidade da tutela provisória segue, necessariamente, a atipicidade da tutela definitiva. Ou seja: a efetivação da tutela provisória será atípica na mesma medida da atipicidade da tutela definitiva – que é regulada pelos arts. 139, IV, e 536, §1 do CPC”. (DIDIER et al, 2017, p. 105).

25 Há, também, a atipicidade no comando normativo fixado no art. 536, §1, do CPC, contudo, por tal dispositivo não ser aplicável à execução de quantia certa deixa-se de mencioná-lo.

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária²⁶;

Sobre a temática que o presente ensaio se propõe, vale citar a lição cunhada por DIDIER e coautores (2017, p. 205), *in verbis*:

“O art. 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial; b) seja para efetivar prestação pecuniária, seja para efetivar prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro.”

3. O “GANHOU, MAS NÃO LEVOU”²⁷; DA SENTENÇA CONDENATÓRIA À EXECUÇÃO

26 MARINONI, ARENHART e MITIDIERO assim comentam o respectivo inciso: *“IMPERIUM. O art. 139, IV, do CPC, explicita os poderes de imperium conferidos ao juiz para concretizar suas ordens. A regra se destina tanto a ordens instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo das ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens exhibitórias na execução) como a ordens finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida). Há evidente excesso nas expressões empregadas (“medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”), na medida em que as medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas (as medidas indutivas podem ser de pressão positiva, quando se oferece uma vantagem para o cumprimento da ordem judicial, ou coercitiva, quando se ameaça com um mal para a obtenção da satisfação do comando). Há também confusão de categorias, já que o efeito mandamental – ao lado do efeito executivo – é o efeito típico das ordens judiciais (que veiculam medidas indutivas e sub-rogatórias). Essa falta de rigor técnico, porém, não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias (art. 536, CPC)”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 272).*

27 Como bem observado por STRECK e NUNES: *“Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução).”* – STRECK, Lênio Luiz. NUNES, DIERLE. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 23/10/2018.

Por detrás da execução há a pressuposta sentença condenatória²⁸, a qual *“está sempre uma crise na relação obrigacional [...]. É para enfrentar essa crise que a sentença define a prestação a que o demandado fica sujeito a realizar.”*

Nas lições de THEODORO JR. (2018, p. 21), o provimento judicial atinge o cerne da referida crise a fim de compelir *“[...] devedor às consequências do inadimplemento. A sentença condenatória acerta (declara) não só a existência do direito subjetivo do credor, como a sanção em que o inadimplente está incurso”*²⁹

Desta maneira, o órgão julgante *“[...] tomará, em satisfação do direito reconhecido ao credor, as providências necessárias para forçar a realização da prestação definida na sentença”* (THEODORO JR. 2018, p. 21).

Pois bem, dada a sentença favorável ao seu pleito, cabe ao exequente requerer dar início à fase executiva³⁰, nos termos do 513, § 1º, do CPC (LGL/2015/1656). Requerimento do exequente. Intimação do executado.

Esgotado o prazo de pagamento estabelecido em quinze dias, *“haverá a expedição automática do mandado de penhora e avaliação dos bens, tendo início os atos de expropriação (523, § 3º)”* (THEODORO JR, 2018, p. 121).

Sendo assim, só faz sentido pensar em efetividade dos instrumentos executivos quando se está diante de uma sentença não autossuficiente (auto-satisfativa).

Em outras palavras, *“[...] aquelas que não exaurem frutuosamente a tutela jurisdicional”, não fornecem com inteireza “[...] a tutela dos direitos, razão pela qual, ao seu lado, devem estar preordenados meio de coerção e sub-rogação capazes de*

28 *“O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem com um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos.”* (DIDIER et al, 2017, p. 65)

29 THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III. 51. ed. Rio de Janeiro: 2018, p. 21.

30 THEODORO JR. anuncia que *“Nisso consiste o clássico princípio da livre disponibilidade da execução pelo credor, do qual decorre a necessidade de esperar dele a iniciativa da atividade processual executiva. [...] Nota-se, contudo, que o novo Código, que foi expresso quanto à matéria na disciplina do cumprimento de sentença relativa a obrigação de quantia certa, silenciou-se, a seu respeito, quando regulou a execução de sentença relacionada às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisas. O que permite a conclusão, já adotada em doutrina, de que nessas últimas hipóteses, a diligência de fazer cumprir a condenação seria um consectário automático da própria sentença, a dispensar qualquer impulso da parte vencedora”*. (THEODORO JR., Humberto. Execução. p. 24). Em igual sentido, assevera TERESA A. A. WAMBIER, na medida em que *“Tal regra é diversa nas execuções que visam à satisfação de obrigação de entrega da coisa, de fazer ou não fazer, as quais comportam a prática de atos tendentes à satisfação do título independentemente do impulso da parte exequente”*. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 842).

atender de forma efetiva e adequada às diversas necessidades de tutela dos direitos”(MARINONI, 2012, p. 159).

Deveras, chega-se ao enfrentamento das questões nevrálgicas de toda essa exposição. Como se aplicar o poder geral de efetivação na execução de quantia certa e com base em quais critérios? Qual o alcance e como se interpretar esse importante meio de implementação de direitos³¹? Significa uma “carta branca” ao poder criativo³² do magistrado? Como evitar eventuais arbitrariedades? Ilustrativamente, pode o julgador, em virtude do inadimplemento do devedor, suspender a CNH ou o passaporte do executado? A respectiva aplicação é subsidiária, excepcional ou não?

4. MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA

Inicialmente, tem-se, hodiernamente, em função da ineficácia (ou deficiência) da prestação jurisdicional executiva³³, “[...] *uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado*³⁴, *criando-se uma espécie de poder geral de*

31 De maneira crítica, STRECK assinala a “tendência” hodierna nacional “[...] *de aposta no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse ‘incentivo’ doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de Jurisprudência dos Valores*”. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo o autor e dentro do contexto acima, invocava argumentos que lhe permitia “[...] *recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como um mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada que possibilitaria, em alguma medida, o totalirismo nazista.*” Trazendo para nossa realidade, STRECK critica, com acerto, que a “importação” dessa perspectiva não leva em consideração as “[...] *realidades (tão) distintas, que não possuíam (e não possuem) os mesmos contornos históricos.*” Nesse cenário, alerta para a “tendência” de tal ativismo, cujo mote objetiva “[...] *a flexibilização da técnica processual, seguido do conseqüente aumento dos poderes do juiz*”. (STRECK, 2012, p. 21).

32 Em admoestação breve, STRECK preceitua que “[...] *a melhor interpretação do preceito normativo não é a de buscar um juízo criativo ilimitado e despreocupado com as restrições normativo-constitucionais com fins utilitaristas, mas, sim, aquela que perceba a conexão com a teoria das injunções já amplamente desenvolvida no direito estrangeiro especialmente para os processos de implementação de direitos fundamentais mediante a chamada litigância de interesse público, mas que poderá ser usada para outros fins*” (STRECK, LÊNIO LUIZ, NUNES, DIERLE. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 23/10/2018.).

33 “*Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a coerência e a integridade do artigo 926 – de que o CPC jamais daria ‘carta branca’ para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida. E nem poderia dar!*” (STRECK; NUNES, 2016)

34 Em severa crítica, STRECK e NUNES afirmam que essa inovação normativa, sobretudo quando utilizada em prestações pecuniárias e repercutindo na “[...] *possibilidade de que, esgotados outros meios, fossem determinadas ‘sanções executivas’ hábeis à efetivação de obrigações mediante suspensão da autorização de dirigir do devedor, proibição de viajar, retenção de passaporte,*

efetivação³⁵, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequado ao caso concreto³⁶.

Nesse particular, ARENHART³⁷ articula a noção de que “O exercício da autoridade jurisdicional, na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado”. E mais, segundo o autor, “Do contrário, despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte.”

Noutro vértice, continua o renomado processualista, “[...] também é certo que a outorga desmensurada e ilimitada de poderes ao Estado para efetivar os direitos implica atentado injustificável a direitos fundamentais do ‘obrigado’”. Além disso, “A ausência de limites aos poderes do juiz pode levar ao abuso e ao conseqüente despotismo judicial”. (ARENHART, 2018).

A essa altura, insta retomar a noção de que a sentença condenatória pátria, aos olhos de muitos autores, como bem assevera ARENHART (2018) “[...] e aparentemente também pela lei processual, é vista como simples exercício de declaração, sem qualquer imperium.”

Nesse cenário, seria o julgador um mero arbítrio das partes, cujo papel fulcral seria indicar quem possui razão na lide que lhe fora submetida³⁸, o que, considerando a Justiça como serviço público com recursos escassos, é um absurdo

proibição de participar em concursos públicos e licitações a ser provocada pela criatividade de advogada”. Nesse cenário, alertam que “[...] precisará se limitar às possibilidades de implementação de direitos (cumprimento) que não sejam discricionárias (ou verdadeiramente autoritárias) e que não ultrapassem os limites constitucionais, por objetivos meramente pragmáticos, de restrição de direitos individuais em detrimento do devido processo constitucional”. (STRECK; NUNES, 2016)

35 Também chamado de princípio da atipicidade (dos meios executivos), princípio da concentração dos poderes de execução juiz. (DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO, Leonardo da Cunha; BRAGA, Paula Sarno Braga; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Vol. 5/2018. p. 272-272. Maio/2017. DTR\2017\1035).

36 DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO, Leonardo da Cunha; BRAGA, Paula Sarno Braga; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Vol. 5/2018. p. 272-272. Maio/2017. DTR\2017\1035.

37 ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias, Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto?”. Revista de Processo. Vol. 281/2018. p. 141 – 167. Jul/2018. DTR\2018\16247.

38 Entretanto, o referido autor destaca que: “Não obstante sejam evidentes as reminiscências desse pensamento, parece que o sistema processual atual possui ferramentas que habilitam o operador do Direito a superar esse ranço e romper essa barreira que compromete a efetividade da prestação jurisdicional” (ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias, Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto?”. Revista de Processo. Vol. 281/2018. p. 141 – 167. Jul/2018. DTR\2018\16247).

completo. Enfim, *“Daí a razão pela qual seu descumprimento não constitui ato ilícito, mas simples ato de inadimplemento obrigacional.”* (ARENHART, 2018).

Ultrapassado isso, sendo inequívoca a possibilidade da aplicação do poder geral de efetivação (medidas atípicas) na execução³⁹ de prestação pecuniária, a questão prática que surge é a seguinte: Como? A atipicidade em tela é ou não de aplicação subsidiária? É necessário percorrer toda a execução tipicamente descrita em lei, ou, de *prima facie*, pode ou juiz ou a parte lançar mão desse expediente?

Acerca disso, DIDIER JR. (et al, 2017) apontam que a execução para efetivação das prestações pecuniárias é subsidiária⁴⁰, em primeiro lugar, conclui que a opção legislativa foi da *tipicidade prima facie*⁴¹, na medida em que *“[...] se constata que o CPC (LGL\2015\1656) cuidou de, em mais de 100 artigos, pormenorizar o procedimento da execução por quantia certa”*.

Em seguida, argumentam os autores acima (DIDIER JR. et al, 2017) que a falta de bens penhoráveis ocasiona, nos termos do arts. 921, III, e 924, V, ambos do CPC (LGL\2015\1656), *“[...] a suspensão da execução durante um ano, findo o qual começa a correr o prazo de prescrição intercorrente, que constitui causa de extinção do processo executivo”*⁴².

39 O enunciado de nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) assim dispõe: *“A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”*. – PEIXOTO, RAVI (coord.) et al. Enunciados FPPC Fórum Permanente de Processualistas Civis. Coleção Súmulas. Vol. 18. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 156.

40 Os autores citam como adeptos desse entendimento: *“MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 994-998; ZANETI JR., Hermos. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. XIV. p. 1104 e 113 e ss. – esse autor afirma que a tipicidade é a regra, sem distinguir o tipo de prestação; para este ensaio, no caso da execução da prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, a atipicidade é a regra”*. (DIDIER JR, 2017).

41 *“Em sentido diverso, entendendo que ‘também para esse tipo de prestação vigora o modelo de atipicidade de formas executivas, de modo que o juiz pode impor o pagamento de soma sob a ameaça de emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequado ao caso concreto’*, (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Curso de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2015. v. 2. p; 711); SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia certa no novo CPC (LGL\2015\1656). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução. 2. ed. Fredie Didier Jr. (coord.). Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Roberto e Alexandre Freire (org.). Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5. p. 564-567.

42 E acrescentam, dentro dessa linha de raciocínio: *“Ora, se a atipicidade fosse regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução, bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito. Como, porém, a penhora, a adjudicação e a alienação são as medidas típicas que se destinam à satisfação do crédito, a ausência de bens penhoráveis impede o prosseguimento da execução, não sendo possível, nesse caso, a adoção de medidas atípicas que lhes sirvam de sucedâneo para que se obtenha a satisfação do crédito do exequente”*. (DIDIER JR, 2017).

Finalmente, advogam que interpretação em sentido diverso (atipicidade como regra), esvaziaria o princípio de sistema do Código, violando, por conseguinte, o primado “[...] *hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, do CPC (LGL\ 2015\1656)*”. Inobstante isso, “[...] *essa interpretação é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exhaustivamente, predeterminar*” (DIDIER JR. et al, 2017).

Contraopondo isso, ARENHART (2018), fundado, preliminarmente, na existência indubitável do direito fundamental “[...] *aos meios de efetivação adequados aos direitos [...], existe um direito fundamental, outorgado ao exequente, à tutela efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos*”.

À vista disso, quanto à tese de violação a sistemática do Código, discorre o supremencionado processualista que “[...] *ao contrário de ofender a integridade do sistema, vem exatamente restabelecer essa integridade, dando tratamento homogêneo a situações que não têm nenhuma razão para receber disciplina diversa*” (ARENHART, 2018).

Diante disso, conclui que a maculação ao conjunto de elementos unidos por um mesmo critério⁴³ estava, evidentemente, quando se oportunizava um “[...] *sistema atípico para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (com todas as suas vantagens para o exequente), mas não se oferecia idêntico tratamento ao beneficiário de prestação pecuniária*” (ARENHART, 2018).

Atinente à concessão de poderes excessivos ao órgão julgador (os quais não foram intencionalizados pelo legislador), ARENHART (2018) rechaça essa perspectiva, sob a inteligência de que foi o agente legiferante quem integralizou o comando normativo no CPC em vigor, como “também quem deixou explícito no texto legal que esses poderes atípicos se aplicam, inclusive, a prestações de pagar soma em dinheiro”.

E mais, “[...] caso o legislador entendesse como excessivos os poderes de efetivação atípicos, conferidos pelo art. 139, IV, nem de forma subsidiária ele os conferiria ao magistrado. Se esses poderes foram outorgados, é para serem usados (ARENHART, 2018).

43 BARROS CARVALHO preleciona que “*Sistema é o discurso da Ciência do Direito, mas sistema também é o domínio finito, mas indeterminável, do direito positivo*”. Enquanto “[...] *a doutrina elabora, em nível de sobrelinguagem*”, explicando e trazendo à tona o conteúdo da norma jurídica, o “[...] *direito posto que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva*”. (CARVALHO, 2018, p. 156).

Em seguida, relativamente ao argumento da subsidiariedade, o autor em comento afirma que tal argumento não convence, isso porque (vejamos):

“Em primeiro lugar, se fosse o caso de tomar literalmente as regras apontadas, considerando-as como a essência do regime do cumprimento de prestações pecuniárias, então simplesmente não haveria nenhum espaço para outros caminhos. Assim, nesse caso, sequer de forma subsidiária teria cabimento o emprego do art. 139, IV, do CPC (LGL\ 2015\1656), à medida que, sempre, falta de bens penhoráveis deveria implicar a suspensão do processo e, eventualmente, sua posterior extinção, por prescrição intercorrente⁴⁴.”

Por fim, a questão sobre a possibilidade de apreensão de documentos (passaporte e CNH – Carteira Nacional de Habilitação) que visam a restrição de direitos como meios suasório para que o devedor adimpla com sua respectiva obrigação pecuniária.

Sobre a temática, o quarteto encabeçado por DIDIER JR entende não ser possível, *a priori*, expedientes executivos consubstanciados em recolher a CNH, passaporte, “[...] ou ainda cancelamento de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral dívida pecuniária” (DIDIER JR, et al, 2017).

Resumidamente⁴⁵, tais autores afirmam que essas medidas denotam mais um meio punitivo ao executado, lembrando que o poder de efetivação não abre espaço para o emprego de meios sancionatórios (DIDIER JR, et al, 2017).

Ademais, tais medidas são tendentes a restringir a liberdade ambulatoria do devedor, “[...] mostrando-se, a princípio, não razoável, por ir de encontro ao dever de equivalência, e desproporcional, por restringir demais o direito à liberdade em favor do direito de crédito pecuniário do exequente” (ARENHART, 2018).

44 ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias, Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? Revista de Processo. Vol. 281/2018. p. 141 – 167. Jul/2018. DTR\ 2018\16247.

45 Nesse tópico os autores estipularam “[...] os seguintes standards: viii) a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação); ix) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade); e x) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade)”. – (DIDIER JR, et al, 2017).

Novamente, de outra banda, ARENHART (2018) “[...] *não parece excessiva ou ilegal (ao menos em abstrato) a ordem de apreensão de passaporte, da carteira de habilitação ou de outro documento semelhante*”, na medida em que tal determinação somente se fez em virtude de o ordenado, em que pese tenha recebido um comando judicial, com prazo e condições fáticas para o respectivo cumprimento, “[...] *entendeu (injustificadamente) que seria melhor descumprir o comando. A incidência na sanção, portanto, é consequência exclusiva de sua própria resistência*”.

Acrescenta o referido autor que, aparentemente, as críticas relativas a suposta lesão a direitos fundamentais (de ir e vir ou afins), trazem manifestos exageros. “*Afinal, há mesmo um direito fundamental a viajar para o exterior [...]? Ou há um direito fundamental a dirigir veículos, que foi infringido pela determinação de retenção da habilitação de dirigir? Claro que não!*” (ARENHART, 2018).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, mostra-se flagrante a violação ao sobreprincípio⁴⁶ da isonomia, tendo em vista que tratamento dado (e a compreensão fornecida pela doutrina) pela lei em relação às prestações pecuniárias e não pecuniárias é demasiadamente desigual.

Nessa linha, enquanto as não pecuniárias (obrigações de dar, fazer e não fazer, bem como entregar coisa diversa de dinheiro) recebem um arsenal invejável de instrumentos para fazer valer a decisão que impôs a respectiva prestação, as prestações monetárias (ressalve-se a alimentar), como bem pontua ARENHART (2018), que são desprovidas da presença do *imperium*, reserva-se “[...] *a velha ‘execução’ por expropriação patrimonial, típica e com procedimento absolutamente regado, cujo início sempre estava condicionado ao impulso do exequente.*”

46 HUMBERTO ÁVILA assevera que, inicialmente, “[...] *relativamente às normas mais amplas (sobreprincípios), os princípios exercem uma função definitória, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior*”. E, “[...] *em segundo lugar, e agora em relação às normas de abrangência mais restrita, os (sobre) princípios exercem uma função interpretativa, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expresso, restringindo ou ampliando seus sentidos*”. Finalmente, em uma terceira dimensão, “[...] *os princípios exercem uma função bloqueadora, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido*”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos 4. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, p.79).

GUERRA, também, defende a aplicação das medidas atípicas como instrumentos executivos de soma, forte na compreensão da isonomia e da efetivação da guarida das obrigações de cunho pecuniário⁴⁷.

A esse respeito, vale registrar a lição de MARCELO LIMA GUERRA, nesses termos:

*“Ora, não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, anti-isonômico que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do princípio constitucional da isonomia (igualmente dotado de status de direito fundamental), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado § 5 do art. 461 do CPC (LGL\2015\1656), a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis”.*⁴⁸

Adicionalmente, o caráter da *tipicidade prima facie* (equivalente a subsidiariedade das medidas executivas atípicas) também não parece razoável, principalmente quando compreendida sem se ter em conta o caso em concreto (abstrata e genericamente considerada). Explica-se.

Em um primeiro momento, como se presta uma decisão justa sem a devida análise do suporte fático. Dois, o ponto nevrálgico levantado por ARENHART (2018) parte mais de uma premissa lógica do que pertencente ao discurso jurídico, qual seja, os instrumentos indutivos partem de uma noção essencial: “[...] o ordenado tem condições de cumprir a ordem e, portanto, sua resistência é desarrazoada”.

Assim, a incursão no “mal” indesejado é fruto da conduta do próprio devedor, que possui efetivos meios para realizar o conteúdo da ordem e, mesmo assim, opta (sem justa causa) por não cumpri-la.

47 GUERRA. Marcelo Lima, Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 152.

48 GUERRA. Marcelo Lima, Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 152.

Considerando, ainda, o caso concreto se revela mais intensa a preocupação com a participação colaborativa das partes, as quais pela maior proximidade com as particularidades do caso podem fornecer ao magistrado elementos valiosos para uma decisão mais coerente com o suporte fático.

Nesse cenário, também, *“O juiz do processo civil contemporâneo é paritário no diálogo e assimétrico a sua decisão. É um juiz que tem a sua atuação pautada pela regra da cooperação”*. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2016, p. 704).

Em seguida, registra-se que a atipicidade de meios executivos não permite ao magistrado impor uma medida indutiva ou coercitiva que vá de encontro ao ordenamento jurídico, portanto, este expediente não pode constituir ato ilícito.

A execução indireta, por mais que atinja de mais inevitável o “devedor”, não pode falar que *“[...] a sanção pelo descumprimento da prestação não recai sobre o corpo do executado”*, é medida suasória que não chega a ponto de desnaturar ou desvirtuar o princípio da responsabilização patrimonial, pois, *“[...] prender o devedor não salda a dívida, por exemplo”*⁴⁹

Tratando como um postulado específico da proporcionalidade⁵⁰, o professor HUMBERTO ÁVILA assevera que *“Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público”*, por óbvio, compreendido nisso os atos do Poder Judiciário.

Apresenta-se como obstáculos a sua aplicabilidade e funcionamento.

Relativamente “a sua aplicabilidade”, embora esse signo nos remeta à noção de “proporção”, é preciso não confundir *“com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ela se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”* (ÁVILA, 2005, p.112).

Ou seja, essa relação causal deve permitir três exames fundamentais, quais sejam (ÁVILA, 2005, p.112):

49 demais, na obra mencionada, cita-se que “Lopes da Costa fala do princípio e suas exceções, e ressalta: ‘as multas compulsória (astreintes), embora satisfeitas com o patrimônio do condenado, têm também certo caráter pessoal, pois se destinam, por uma coação psicológica, a atuar sobre a vontade do réu, para coagi-lo a tomar determinada atitude”. (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 53 apud DIDIER JR, 2017).

50 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos 4. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, 79.

“[...] o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim não há outro restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

Mais adiante, tem-se que a aplicação das medidas atípicas executivas exigem do órgão julgador o ônus argumentativo substancial, seja para concedê-las ou para denegá-las.

Nesse contexto, o princípio da fundamentação das decisões judiciais (sob pena de nulidade) já estava encartado no inciso IX do art. 93 da CF, e enfatizado infraconstitucionalmente (e traçado como norma processual fundamental) no art. 11 do CPC ganha papel de destaque.

Consigna-se, à luz da lição muito lúcida de STRECK e NUNES (2015):

“[...] parece-nos evidente que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades”⁵¹.

Ao se debruçar sobre o tema, THEODORO JR (2016, p. 34) o vincula, acertadamente, ao princípio da publicidade, pois *“[...] se integra a exigência de motivação dos atos decisórios, já que, para a observância do sistema democrático de prestação jurisdicional, não basta divulgar a conclusão”,* é extremamente forçoso *“[...] que as razões que a sustentam também sejam explicitadas pelo órgão julgante.”*

Arremata HUMBERTO, ocasião em que ressalta que esse direito fornece à parte, dentro do processo (visto como concretude da participação democrática), *“[...]*

51 STRECK, Lênio Luiz. NUNES, DIERLE. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 23/10/2018.

o direito subjetivo de participar da formação do provimento judicial e exigir que sua participação seja levada em conta no ato de composição do litígio”, assim como e (sobretudo) “de constituir expediente necessário ao controle da regularidade e legitimidade do exercício dos deveres do juiz natural, coibindo abusos e ilegalidade”. (THEODORO JR, 2016, p. 34/35).

Destaca-se, também, que o CPC/2015 (LGL/2015/1656) trouxe a fundamentação como elemento essencial da sentença no art. 489 c/c o § 1º do citado artigo.

Como apontam COLNAGO RODRIGUES e GONÇALVES ALCÂNTARA⁵² o parágrafo segundo do artigo acima, o qual determina ao julgador que “[...] *justifique o objeto, os critérios gerais, as razões e premissas fáticas que fundamenta a ponderação efetuada no caso de colisão entre normas*”.

Nessa perspectiva, mostra-se oportuno frisar, conforme a lição de AURY LOPES JR, que “[...] *a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial*”⁵³.

RODRIGUES e ALCÂNTARA (2018) frisam que houve uma verdadeira “*virada paradigmática no processo civil*”, cujo ponto comum nas mais diversas linhas de pensamento acerca das teorias do direito, qual seja, “*a tentativa de superar o sujeito solipsista*”⁵⁴ *na teoria/práxis do direito.*”

52 RODRIGUES, Daniel Colnago; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas: notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. Revista Brasileira da Advocacia. Vol. 8/2018. p. 113 – 131/Jan – Mar/2018. DTR/2018/12599.

53 LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 259.

54 Acerca disso, STRECK assevera que o ativismo judicial “[...] *demonstra também que a sua ratio possu uma origem solipsista, o que torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais da suprema corte.*” Mais a frente, aponta que “*Há, pois, um núcleo comum, uma espécie de holding, que torna o tema recorrente: o juiz não se subordina a ‘nada’, a não ser ao ‘tribunal de sua razão’.*” À vista disso, “*Consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema. [...] A avaliação é subjetiva e o juiz lança o quanto entenda necessário sua consciência. [...] A pergunta que se põe é: onde ficam a tradição, a coerência e integridade do direito? Cada decisão parte (ou estabelece) um ‘grau zero de sentido’? Se [...] o modo pelo qual se manifesta o paradigma presentacional [...] no processo civil, é o protagonismo/ativismo do juiz que encobre a filosofia da consciência*”. (STRECK, 2012, p.27) Finalmente, adverte o professor que “*Construiu-se, assim, um imaginário (gnosiológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o ‘decidir’ de forma solipsista encontra ‘fundamentação’ – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que o ‘o juiz pensa acerca da lei’*”. (STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 3. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012).

Nesse cenário, tem-se que o art. 926 do CPC (LGL/2015/1656), na lição dos autores supracitados, não dará ao magistrado ‘carta branca’ “[...] *para que ele determine as medidas que sua consciência oferecer como aptas para que se cumpra a obrigação. Antes de abrir, baliza a liberdade interpretativa da autoridade*”.

De fato, ponto fulcral para o controle da “discricionariedade judicial” está justamente na avaliação crítica dos motivos da motivação. Se as premissas são válidas a ponto de consolidar a conclusão.

Claramente versando sobre a prisma da sentença penal condenatória (a qual tem sua carga valorativa muito mais pesada para o “vencido” do que na seara cível), mesmo assim a lição de AURY LOPES JR.⁵⁵ se mostra muito valiosa, oportunidade em que assevera que “*Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo [...] democrático*”.

Transportando para a problemática aqui proposta, assume-se que é possível falar em efetivo uso das medidas atípicas na execução de quantia certa, de modo inaugural, desde de que a decisão nesse sentido seja devidamente motivada.

A motivação (devida fundamentação⁵⁶) funciona como, nas palavras de LOPES JR., “[...] *controle da racionalidade da decisão judicial. [...] O mais importante é explicar o porquê da decisão [...] A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder*”.

Nessa esteira, expõe o professor da PUC/RS que “[...] *o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório.*” Serve a motivação tanto para o controle racional da decisão judicial, como também para “*controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia*” (LOPES JR, 2006, p. 32).

55 LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 32.

56 Nesse sentido, outrossim, tem-se que: “*Com efeito, quando se fala em fundamentação, normalmente se estabelece(ia) uma correlação única com a atividade processual cognitiva (de conhecimento-declaratória). No entanto, desde a década de 1950, com o reforço destes novos papéis que a Jurisdição passou a desempenhar, tornou-se necessário enxergar a atividade decisória (e a fundamentação), mesmo no processo de conhecimento, de outro modo. O magistrado, ao julgar uma demanda, não pode mais se preocupar tão só com a declaração da parte vencedora, mas também deve pensar em como a decisão deve ser cumprida (efetivada) a partir de uma estrutura processual compartilhada. Ovídio Baptista era encanizado com esse problema da falta de eficácia das sentenças condenatórias*”. (STRECK, Lênio Luiz. NUNES, DIERLE. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 23/10/2018).

Quanto à possibilidade de retenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH), passaporte ou documentos afins, faz-se forçoso mais alguns apontamentos.

Em primeiro lugar, insta recordar que há em favor do exequente (autor) um direito à tutela efetiva, tempestiva e justa, jurisdicional.

Por outro lado, como bem asseverou ARENHART (2018) e como já destacado alhures, não parece razoável conceber que exista, por si mesmo considerado, um direito fundamental a dirigir automóveis ou de viajar para o exterior. O que acontece, em verdade, é uma potencial mitigação (um atingimento reflexo) da liberdade de locomoção, sem lhe esvaziar o conteúdo, nem há uma lesão gravosa a ponto de seu núcleo essencial.

Combinado a isso, tem-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (como sustentáculo do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito – MENDES e BRANCO, 2014, 167), “[...] nesse sentido, *legítima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor [...] de outros bens constitucionalmente valiosos*”.

O que está em jogo aqui não é a simples restrição de liberdade do cidadão em prol ao direito de crédito do exequente, cuja restrição se dá mediante uma decisão arbitrária e utilitarista. A concessão de tal atipicidade não pode ser tão simplista assim.

Em apertada síntese, diante do acervo normativo descrito no art. 139, IV, do CPC (LGL/2015/1656) e à luz da lição de GUERRA (1999, p. 29), tem-se que a tutela executiva de prestações pecuniárias deve ser compreendida como um sistema **misto**, o qual deve ser construído por providências típicas (predeterminadas na lei) e atípicas (determinadas pelo juiz, caso a caso).

Para tanto, o grande norte do julgador, em plena cooperação com as partes (forte na colaboração participativa, seja na efetiva formação do contraditório, seja pela maior proximidade dos fatos) deve ser o primado da efetividade, cujas particularidades do caso concreto do caso concreto possuem papel fulcral, sendo que a medida atípica deve ser eficiente, proporcional (respeitando os predicados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a qual não pode constituir violação ao ordenamento jurídico, e, ainda, deve ser devidamente fundamentada (nas perspectivas: fática, lógica, racional e jurídica, não podendo ser valer de argumentos genéricos e abstratos, ou seja, cabíveis em qualquer caso), inclusive, quando seja decisão denegatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias, Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”?**. Revista de Processo. Vol. 281/2018. p. 141 – 167. Jul/2018. DTR\2018\16247.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** 4. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02/11/2018.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 17/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02/11/2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e ao Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2012.

_____. CARNEIRO, Leonardo da Cunha; BRAGA, Paula Sarno Braga; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

_____. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC**. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Vol. 5/2018. p. 272-272. Maio/2017. DTR\2017\1035.

GODOY, Daniel Polignano; LEROY, Guilherme Costa. Processo de execução. THEODORO JR, Humberto (Coord.) **Processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GUERRA. Marcelo Lima, **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Execução indireta**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 29.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme, **Curso de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, .

_____. **Controle do poder executivo do Juiz**. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017

PEIXOTO, RAVI (coord.) et al. Enunciados FPPC **Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Coleção Súmulas. Vol. 18. Salvador: Editora Juspodivm, 2018

RODRIGUES, Daniel Colnago; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. **O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas: notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado**. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 8/2018. p. 113 – 131/Jan – Mar/2018. DTR/2018/12599.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 18/10/2018.

STRECK, Lênio Luiz. NUNES, DIERLE. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 23/10/2018.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

THEDORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 51. ed. Rio de Janeiro: 2018

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. Vol. 1.ed. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012