

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Carolina Santos Martinez

O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO E A LEGITIMAÇÃO DAS MEDIDAS
EXECUTIVAS ATÍPICAS NO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DIREITO

UMA ANÁLISE DOS ARTS. 139, IV E 536 §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Processo Civil, sob a orientação do Professor, Doutor, Cassio Scarpinella Bueno.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

À Henrique, companheiro e constante
estimulador dos meus estudos, com
imenso amor.

Agradeço inicialmente a meu companheiro, Henrique, pelas horas de dedicação conjunta ao estudo e, principalmente, por todo amor e carinho entregues a mim.

Agradeço à minha mãe por dedicar parte considerável de sua vida à minha criação, orientação e educação, sem nunca medir esforços.

Ao meu irmão por sua infinita coragem.

À minha querida amiga Débora Cunha Romanov, por ser exemplo de inigualável determinação e caráter.

Às minhas amigas Mayara Pacheco e Beatriz Moral por todo aprendizado e amizade adquiridos na PUCSP.

Ao Dr. Edgard Silveira Bueno e Dr. Arystóbulo Freitas pelos ensinamentos profissionais.

Ao o Professor Doutor Cassio Scarpinella por orientar este estudo.

O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO E A LEGITIMAÇÃO DAS MEDIDAS
EXECUTIVAS ATÍPICAS NO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DIREITO

UMA ANÁLISE DOS ARTS. 139, IV E 536 §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carolina Santos Martinez

Resumo:

Serão abordadas questões históricas, filosóficas e teóricas relativas ao plano da eficácia das tutelas condenatórias, após a lei processual expressamente elevar o direito à atividade satisfativa ao nível de direito fundamental. Foi adotado o modelo de Processo Civil Constitucional, sob a ótica do Professor Humberto Ávila, para quem o Poder Constituinte Originário optou por elaborar uma Constituição regulatória, com mais regras que princípios. Verificou-se que o legislador processual de 2015 abraçou os ideais de uma filosofia neoconstitucional, ampliando a liberdade dos magistrados no exercício da atividade satisfativa, ante a crise de ineficiência que se instaurou no Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se que, no Estado Constitucional de Direito, o direito à atividade satisfativa será garantido quando o Estado-Juiz, no momento de entregar tutela jurisdicional, respeitar as fronteiras impostas pelos postulados normativos do devido processo legal e da efetividade, bem como das regras procedimentais deles decorrentes.

Palavras chave:

Neoconstitucionalismo. Direito Fundamental. Postulados Normativos. Função Social. Poder Geral de Efetivação.

THE GENERAL POWER OF EFFECTIVENESS AND THE LEGITIMATION OF THE
ATYPICAL EXECUTIVE MEASURES IN THE MODEL OF THE CONSTITUTIONAL
STATE OF LAW

AN ANALYSIS OF THE ARTICLES 139, IV AND 536, §1° OF THE CIVIL PROCEDURE
CODE

Carolina Santos Martinez

Abstract:

This work addresses a set of historical, philosophical and theoretical issues relating to the effectiveness of condenatory protections, after the procedural law expressly raise the right to satisfying activity at the level of fundamental right. We adopted the model of Constitutional Civil Procedure, from the perspective of the Professor Humberto Ávila, for whom the Originary Constituent Power chose to elaborate a regulatory Constitution, with more rules than principles. It was verified that the legislative power at the year 2015 embraced the ideals of a neoconstitutional philosophy, extending the freedom of the magistrates in the exercise of the satisfying activity, in regard to the crisis of inefficiency that was instated in the Judiciary Power. We conclude that, in the Constitutional State of Law, the right to a satisfying activity will be guaranteed when the State-Judge, at the moment of delivering judicial protection, respect the boundaries imposed by the normative postulate of due process of law and the postulate of the effectivity, as well as the procedural rules resulting therefrom.

Keywords:

Neoconstitutionalism. Fundamental Law. Normative Postulates. Social Function. General Power of Effectiveness.

Sumário

Introdução	p. 9
Capítulo 1 – Neoconstitucionalismo	p.9
1.1 – Momento Histórico	p.9
1.2 – Terminologia	p.10
1.3 – Principais Características	p.11
1.4 – Conceito	p.13
1.5 – Implicações no Processo Civil brasileiro	p.14
1.6 – Contracorrente	p.15
Capítulo 2 – Direito: uma questão de posição jurídica tutelável	p.17
2.1 – Dos Limites intrínsecos dos direitos	p.17
2.2 – Da expectativa ao direito	p.19
Capítulo 3 – Postulados Normativos	p.20
3.1 – Regra do Devido Processo Legal	p.20
3.2 – Regra da Efetividade (ou da Eficiência) e da Utilidade	p.23
Capítulo 4 – Fases da atividade satisfativa	p.29
4.1 – Execução direta x Execução indireta	p.29
4.2 – Modelo do Estado Liberal de Direito	p.31
4.3 – Modelo do Estado Social e Democrático de Direito	p.33
4.4 – Modelo do Estado Constitucional Moderno	p.38
Capítulo 5 – Dados do Conselho Nacional de Justiça	p.40
5.1 – Dados Gerais	p.41

5.2 – Taxa de Congestionamento	p.43
5.3 – Tempo médio dos processos	p.46
5.4 – Valor das despesas processuais	p.47
5.5 – Conclusões	p.48
Capítulo 6 – Espécies de Crises Jurídico Comportamentais	p.49
Capítulo 7 – Modelo de Processo Civil Constitucional	p.51
7.1 – Regra da Responsabilidade Patrimonial.....	p.52
7.2 – Regra do Desfecho único.....	p.55
7.3 – Regra da Menor Onerosidade da Execução.....	p.58
7.4 – Regra da atipicidade dos meios executivos	p.60
7.4.1 – Regra da atipicidade x regra da congruência	p.62
7.4.2 – Regra da atipicidade x prestações de pagar quantia	p.64
7.4.3 – Multa como medida atípica das prestações de pagar quantia	p.67
Conclusão	p.68
Referências Bibliográficas.....	p.73

Introdução

Para se legitimar a tutela jurisdicional (e, ao mesmo tempo, controlar a atividade dos juízes), a solução dos casos deixa de ser uma questão argumentativa, para ser uma questão metodológica. Primeiramente há a necessidade de se observar as balizas constitucionais do devido processo legal e da efetividade. Em segundo lugar, há a necessidade de o processo cumprir com sua função na sociedade.

A análise do poder geral de efetivação, prevista nos artigos 139, IV e 536, §1º do Código de Processo Civil, envolve inúmeras variáveis e uma nova compreensão da atividade jurisdicional que analise a questão do acesso à justiça, pelo seu viés eficaz. Somente com o surgimento de uma nova corrente jus-filosófica, denominada por parcela da doutrina de neopositivista, e com a construção de um modelo de processo constitucional, que os magistrados passaram a ter liberdade de escolha quanto aos meios adequados à satisfação da tutela.

Não há, pois, limite formal para a função interpreta(cria)tiva dos juízes, todavia isso não pode representar voluntarismos judiciais. Neste cenário, no intuito de se estabelecer um caminho seguro a ser seguido pelos aplicadores e interpretes do direito, tentou-se, neste trabalho, traçar uma possível perspectiva de leitura para a utilização dessas normas legais de textura aberta previstas no art. 139, IV e 536, §1º do Código de Processo Civil.

Capítulo 1 – Neoconstitucionalismo

1.1 –Momento histórico

É inegável que a metodologia e o pensamento jurídico contemporâneos não ficaram alheios aos influxos da experiência nazista e das barbaridades ocorridas durante as guerras do século XX, quando o ser humano foi reduzido à condição de mero instrumento do Poder.

Neste sentido, conforta as palavras do professor Marcelo Novelino:

“Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da *dignidade da pessoa humana* como o núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático”¹.

Surgiu, então, uma via intermediária de pensamento jurídico (que se encontra entre o jusnaturalismo e o juspositivismo), cujos referenciais teóricos são Robert Alexy e Ronald Dworkin, que se denominou chamar de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

Esse movimento decorre de vários fatores, especialmente ao desencanto com as possibilidades de certeza trazidas pela filosofia positivista, de um mundo inteiramente mecanizado e dominado de maneira previsível pela razão humana.

1.2 – Terminologia

Não há consenso, todavia, acerca do nome a ser dado a esta nova fase de desenvolvimento do pensamento jurídico. Nos dizeres de Daniel Sarmento:

“Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores em comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupados sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”².

Por isso, esta nova fase pode possuir variantes de denominação como, por exemplo, Pós Positivismo, Neoconstitucionalismo(s), Positivismo Jurídico Reconstruído ou ainda moralismo jurídico.

1 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 52.

2 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. p. 33-34

1.3 – Principais características

A par da problemática terminológica, em linhas gerais, esta nova forma de pensar o Direito visa conciliar as concepções descritivas (do “ser”) com as concepções prescritivas (do “dever ser”), indo para muito além da mera análise de existência e validade do direito formalmente outorgado, conferindo especialmente à Constituição uma força normativa capaz de imprimir ordem à realidade social.

Neste sentido, a validade do ordenamento é associada a um mínimo de eficácia social, ou seja, a um mínimo de reconhecimento moral das leis e decisões.

“O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade”³.

Não há pleno consenso sobre as principais características da nova metodologia jurídica, porém a maioria da doutrina concorda quanto alguns pontos, a saber: Primeiro: houve a rematerialização da Constituição e dos Tratados Internacionais⁴, através da incorporação de

3 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. p.31-32.

4 Neste sentido, diz o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (1948) “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

No mesmo sentido, diz o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (1969) “ 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se

normas de outros ramos do direito aos seus textos, como a inserção de regras sobre a administração pública, processo civil, direito tributário etc., no intuito de dar unicidade ao ordenamento e viabilizar o diálogo das fontes;

Segundo: houve a normatização de inúmeros outros valores nos textos constitucionais, ampliando o espectro de situações juridicamente protegidas pelo direito ao redor do mundo, por meio da inclusão de regras e princípios (vinculados, primordialmente, aos direitos fundamentais de terceira geração) que passam a ser oponíveis não só contra o Estado, mas também contra os particulares em geral (é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais);

Terceiro: houve o fortalecimento do Poder Judiciário, em comparação aos demais Poderes, através do reconhecimento de que este Poder pode atuar como co-criador de significantes normativos (e não apenas descobridor de meros significados pré-ordenados pelos demais poderes), ou seja, a interpretação do texto normativo realizada pelos magistrados também representa atividade de criação da norma;

Quarto: houve o reconhecimento da força normativa da Constituição (tanto das regras quanto dos princípios) que deixa de ser tratada como um texto meramente orientador de sentidos (constituição programática) para se tornar um texto vinculante (constituição mandamental), capaz de alterar a realidade - e não apenas descrevê-la -, a exemplo do que passa com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que possuem aplicabilidade imediata⁵. Aliás, importante ressaltar, que, na nova sistemática, não só a Constituição passa a ter força normativa como os princípios constitucionais e os precedentes judiciais também;

pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.³ A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

⁵ Neste sentido é o art. 5º, § 1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Quinto: houve a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e o aprimoramento da técnica legislativa denominada “cláusulas gerais”⁶, que confere certa margem de interpretação ao julgador, já que os enunciados normativos passam a ter a hipótese fática e/ou o conseqüente redigidos em termos indeterminados.

O professor Fredie Didier, atento a estas transformações, também elenca algumas características do pensamento jurídico contemporâneo, que orientam o seu Curso de Processo Civil⁷, a saber: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) reconhecimento dos princípios como norma jurídica; c) transformação na hermenêutica jurídica, por meio do reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade judiciária, bem como da distinção entre texto e norma jurídica; d) expansão da utilização da técnica das cláusulas gerais; e e) expansão e consagração dos direitos fundamentais.

Humberto Ávila, por seu turno, resume as seguintes características deste fenômeno:

“princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)”⁸.

1.4 – Conceito

Nos dizeres de Luiz Roberto Barroso o neoconstitucionalismo é, pois, definido como:

6 “Quando o legislador fixa no conteúdo da norma a situação fática, mas deixa a consequência jurídica em aberto, para ser definida pelo juiz no caso concreto, tem-se o conceito jurídico indeterminado. São exemplos o preço vil da arrematação, o caráter manifestamente protelatório na interposição de recursos, o perigo de dano exigido para concessão de tutela de urgência, a repercussão geral para admissão do recurso extraordinário, a grande repercussão social para a admissão do incidente de assunção de competência, a relevância da matéria para admissão de *amicus curiae* no processo etc. Na cláusula geral, o legislador prevê uma situação fática vaga e um efeito jurídico indeterminado, de forma que nesse caso o grau de indefinição é ainda maior do que no conceito jurídico indeterminado, porque nesse caso, além de ser vaga a hipótese de incidência, é indeterminado seu efeito jurídico. São exemplos o poder geral de cautela, a boa-fé objetiva, o devido processo legal, a função social etc”. – NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 187

7 O tema foi desenvolvido com base em Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil. 18. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2016, v.1. p.41-44.

8 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17,2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 03.05.2017, às 16:12.

“um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”⁹.

1.5 – Implicações no Processo Civil brasileiro

Disto isto, é possível dizer que o atual Código de Processo Civil, concretizando os novos ideais, especialmente a ideia da força normativa da Constituição, reproduziu em seus art. 1º a 12º normas processuais constitucionais, tidas por fundamentais, e introduziu novos enunciados normativos sem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, mas que dela, evidentemente, podem ser extraídos de maneira implícita, como forma de concretizar, no nível infraconstitucional, os mandamentos da lei maior.

Isto pode ser observado, por exemplo, na regra prevista no art. 4º do Código de Processo Civil, que prescreve ter as partes o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*. O direito à atividade satisfativa não se encontra expressamente previsto no texto constitucional, porém pode dele ser extraído, através da concretização das regras da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal – cláusulas gerais relativas a direitos fundamentais.

Isto porque, conforme se verificará mais adiante, o direito de acesso à justiça não se resume a uma garantia formal de bater às portas do poder judiciário, mas sim o acesso a uma ordem jurídica que proporcione uma tutela adequada e efetiva, em tempo razoável. Fora isto, o devido processo legal também incorpora em seu conceito a efetividade, já que o processo somente será devido se for efetivo.

Esta escolha normativa - muito criticada, diga-se - não possui finalidade meramente retórica e nem objetiva ampliar as hipóteses de recursos direcionados aos Tribunais Superiores. Na

9 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 59/60 in: Barroso, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

verdade, trata-se de uma tomada de decisão. O legislador fez uma escolha amparada em uma nova metodologia que visa, antes de tudo, garantir a eficácia social dos mandamentos constitucionais.

É por esta razão que se pode dizer que o Processo Civil encontra-se na fase reconstrucionista ou neoprocessualista, porque a novel codificação passou a reconhecer na Constituição Federal de 1988 uma eficácia que, antes, não lhe era dada. Deslocou-se, assim, a referência primária das regras processuais que deixou de ser o Código de Processo Civil para ser a própria Constituição Federal de 1988.

Por isto, logo no art. 1º do Código de Processo Civil, está categoricamente expresso que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código”.

1.6 – Contracorrente

Um grande problema da contemporaneidade reside justamente no fato de que ao introduzir uma enorme plêiade de direitos e valores morais heterogêneos no texto da Constituição de 1988, como forma de proteger a dignidade da pessoa humana, frequentemente, ocorre a colisão desses com outros direitos constitucionalmente protegidos, havendo a necessidade de limitar, ou melhor, delinear o suporte fático de proteção daqueles direitos.

Para o professor Humberto Ávila, a solução dos conflitos que envolvem colisão de direitos constitucionalmente protegidos deve, necessariamente, perpassar por uma análise da estrutura da Constituição de 1988.

Para ele, naquele momento de redemocratização do país, o Poder Constituinte Originário, diferentemente do ocorrido nas demais constituições do pós-guerra, optou por incluir mais normas-regras que normas-princípios no texto constitucional, reservando apenas o Título I da Lei Maior aos princípios. Todos os demais títulos, inclusive o atinente aos direitos e garantias fundamentais, traduziriam regras que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório e que devem ser obedecidas nos exatos termos de suas prescrições, mediante o processo de subsumir o fato à norma.

Neste ponto, o Professor Marcelo Novellino¹⁰ explica que a *teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais*

“tem como característica a exclusão apriorística de determinados fatos, estados, ações, condutas ou formas de exercício que poderiam ser subsumidas no âmbito de proteção da norma. (...) Neste caso, todos os direitos fundamentais teriam estrutura de regras, ou seja, deverão ser cumpridos na medida exata de suas prescrições. As teorias que adotam o suporte fático restrito, em geral, só admitem restrições expressamente autorizadas pela constituição. Quando ausente, a lei pode apenas definir os contornos preexistentes do direito (*delimitação* ou *regulamentação*)”¹¹.

Neste sentido, a opção por uma Constituição regulatória representa, pois, a escolha por manter maior previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, tal como se via no Estado Liberal, inclusive as que envolvem direitos e garantias fundamentais, admitindo-se apenas as restrições expressamente autorizadas pela Constituição ou aquelas delimitadas pela lei em sentido amplo (tanto a lei decorrente do processo legislativo quanto a lei oriunda da atividade interpretativa dos magistrados), como acontece com a relativização da impenhorabilidade de bem de família de alto vulto econômico e da penhora de salários vultuosos, que não afetam o núcleo do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana respectivamente.

Apesar de esta posição ser contra majoritária, neste trabalho é acolhida a premissa de ser a Constituição Federal uma Carta regulatória, devendo-se considerar que os direitos nela previstos, inclusive o direito fundamental à *efetividade da prestação jurisdicional*, representam nada mais que *regras* - mandamentos definidores de direito - que devem ser cumpridas na medida exata de suas prescrições. Daí surge algumas consequências que serão pormenorizadas em capítulo oportuno deste trabalho.

10 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.. 281

11 Em sentido contrário é a teoria do suporte fático amplo: “O âmbito de proteção deve ser interpretado no sentido de compreender “qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerados, possam ser subsumidos no “âmbito temático” de um direito fundamental. Não se exclui, *prima facie*, qualquer conduta do âmbito de proteção do direito. Por sua vez, a interpretação ampla da intervenção significa incluir em seu conceito qualquer tipo de regulamentação, sem diferenciá-las de potenciais restrições. A adoção de um suporte fático amplo exige que as normas de direito fundamentais sejam concebidas com a estrutura de princípios, e não de regras. (...) A delimitação definitiva do direito somente é possível *a posteriori*, em geral, após a ponderação com os princípios eventualmente colidentes”. - NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p..282.

É por isto que a corrente doutrinária capitaneada pelo professor Humberto Ávila defende que, no Brasil, o fenômeno do neoconstitucionalismo “está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência estrangeira”¹².

Isto porque a metodologia a ser empregada continua sendo a subsunção e não necessariamente a ponderação, uma vez que a maioria dos conflitos existentes se dá entre as regras constitucionais/infracostitucionais e não entre os princípios.

Capítulo 2 – Direito: uma questão de posição jurídica tutelável

Antes de iniciar a análise específica do poder geral de efetivação – disposto no art. 139, IV e 536, §1º do Código de Processo Civil – é necessário ter em mente a importância que a função jurisdicional desenvolve dentro e fora de um processo judicial. É que somente *pele e no* processo que os fatos sociais (ou, como se verá adiante as crises jurídico-comportamentais) saltam para o plano jurídico, transformando-se em verdadeiros direitos.

2.1 – Dos Limites intrínsecos dos direitos

Para ilustrar o que se quer dizer, cabe um pequeno parêntese sobre a hermenêutica que envolveu o direito fundamental da propriedade, constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, e que sofreu forte influência da doutrina de Leon Duguit “para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza”¹³.

Quer-se com isto constatar que, na contemporaneidade, todos os direitos – inclusive os direitos fundamentais, dentre eles o direito à atividade satisfativa da tutela jurisdicional – tal como ocorreu com o direito à propriedade acima mencionado, passaram a ter limitações inerentes aos seus próprios conteúdos, podendo-se dizer, no caso, que a função social se

12 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17,2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 03.05.2017, às 16:12.

13 MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

confunde com o próprio conceito de propriedade, diante do seu caráter *inafastável de acompanhamento*¹⁴.

No emblemático caso Favela Pullman¹⁵, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento revolucionário, ainda nos idos dos anos 90, considerou que a propriedade desacompanhada da sua função social, não passava de mera ficção jurídica, uma vez que não bastaria a previsão legal do direito, para a sua proteção; haveria a necessidade de considerar se as limitações à ele impostas estavam sendo cumpridas pelo proprietário.

Extraí-se do exemplo que, para se proteger um bem jurídico, ainda que fundamental, não basta a sua simples previsão em abstrato - vida, propriedade, privacidade, igualdade, liberdade, tutela satisfativa etc -, é necessário, antes, que seja efetivamente preenchido o seu suporte fático, por meio do (des)respeito aos seus limites intrínsecos¹⁶. Assim, pode-se dizer que o direito só é forte porque limitado em seu próprio conteúdo; a ausência de limitação faria do direito um simples fato; uma letra morta de lei que dispensaria regulamentação para sua garantia.

Neste sentido, é possível concluir que, pela dicção dos art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 8º do Código de Processo Civil¹⁷, todo e qualquer direito só será efetivo, ou seja, só se manifestará no mundo sensível, se atender às expectativas sociais a que ele se destina, melhor dizendo, se corresponder aos seus próprios limites, ou ainda, se exercido regularmente.

14 Para maior aprofundamento, consultar: TARTUCE, Flavio. Manual de direito civil: volume único 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 958 a 962.

15 Conferir REsp nº 75.659, Rel. Aldir Passarinho Junior, Julgado: 21/06/2005.

16 Para ilustrar, Virgílio Afonso da Silva utiliza o seguinte exemplo: “*Aquele que todos os dias, antes de dormir, ora em agradecimento ao seu deus exerce algo protegido pela liberdade religiosa. A ação “orar antes de dormir” é abarcada, sem dúvida alguma, pelo âmbito de proteção da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI). Mas a consequência jurídica típica de um direito de liberdade – como é o caso da liberdade religiosa – não ocorre. Como direito de defesa, essa consequência é a exigência de cessação de uma intervenção. Isso simplesmente porque o suporte fático dessa liberdade não foi preenchido, pois não houve qualquer intervenção naquilo que é protegido pela liberdade religiosa*” - NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p..280

17 Neste sentido é o art. 5º da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum; Art. 8º CPC - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

“os direitos fundamentais cuja restrição não seja expressamente autorizada pela constituição não podem ser “objeto de autênticas *limitações* (restrições) legislativas, mas apenas *delimitações*, as quais devem desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto. (...) Os *limites intrínsecos* ou *imanes* são compreendidos como as fronteiras dos direitos fundamentais definidas pela própria constituição que os cria ou recria. A interpretação teria caráter meramente declaratório, limitando a revelar limites constitucionais prefixados”¹⁸.

O processo judicial, especialmente a execução *latu sensu*, representa, pois, o ambiente onde todos os direitos ficam disponíveis para que seu suporte fático seja efetivamente preenchido, pode meio de limitações legitimamente impostas pelos magistrados.

2.2 – Da expectativa ao direito

Decompondo ainda mais esta ideia, considerando que o direito, pela teoria tridimensional de Miguel Reale, é fato, valor e norma, e sendo da competência do Poder Judiciário efetivá-lo *pelo e no processo*¹⁹, pode-se concluir que os direitos estariam todos limitados (e, pois, constituídos) não apenas por seus próprios limites, mas também pelos limites decorrentes de um processo que culminará na efetivação do direito.

Por outro ângulo, é pela qualidade do que as partes produzem dentro de um processo – dentro de um devido processo legal –, no qual o direito ganha corpo; ele se transforma em linguagem jurídica, deixando de ser um fato social ou um valor filosófico ou, ainda, uma norma jurídica, para ser um direito. É por isto, inclusive, que se diz que “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”²⁰, em uma relação circular.

Aqui, vale pensar no que ocorre com o réu que, a despeito de ter sido regularmente citado não oferece, tempestivamente, a sua contestação. Ele será considerado revel, e diante deste estado

18 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p..286

19 Vale destacar que o professor Cassio Scarpinella substitui a expressão *efetividade do processo* por *efetividade do direito pelo e no processo* porque a efetividade da tutela jurisdicional não se esgota no processo, pulando para o plano exterior por meio da efetividade do direito. Assim não haveria direito efetivo, se não houvesse processo. Neste sentido, conferir em: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.57.

20 CARNELUTTI, Francesco. Profílo dei raporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v.35, n.4, p. 539-550.

processual, é possível que, nos termos do art. 344 do Código de Processo Civil, contra ele sejam presumidas, salvo as exceções legais, todas as alegações de fato formuladas por seu adversário.

Com este exemplo, confirma-se a hipótese acima de que o direito material (na concepção realeana) somente se constitui dentro de uma relação processual. Fora dele, o que existe é o exercício, regular ou irregular, deste direito ou, ainda, mera expectativa de direito. Caso contrário, como se justificaria a entrega do direito ao adversário do réu revel?

Pode-se concluir, portanto, que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *um direito é uma posição juridicamente tutelável*:

“Aonde existe um direito existe igualmente direito à sua realização. Um direito é uma posição juridicamente tutelável. E da sua previsão que advém o direito à sua tutela - já que o fim do direito é a sua própria realização. A previsão do direito pela ordem jurídica outorga desde logo pretensão à sua proteção efetiva. Se a ordem jurídica prevê direito inviolável à imagem, honra, intimidade e vida privada, por exemplo, prevê no mesmo passo direito à tutela inibitória capaz de prevenir a sua ilícita violação, direito à tutela reintegratória para remover a fonte do ilícito ou seus efeitos e direito à tutela reparatória contra o dano experimentado²¹”.

Capítulo 3 – Postulados Normativos

Em linhas gerais, postulados normativos são metanormas que tratam da estrutura de aplicação de outras normas, impondo um dever de segundo grau, e prescrevem modos de raciocínio ou argumentação, em relação a outras normas. Neste trabalho, as regras do Devido Processo Legal e da Efetividade são considerados postulados normativos, vez que guiarão – ou melhor, limitarão – toda a metodologia a ser aplicada nos provimentos executivos.

3.1 – Regra do Devido Processo Legal

Por tudo o que já se disse, o direito encontra seus limites no devido processo legal, espaço onde todos os limites (formais e materiais) são considerados para, ao final, ser efetivado. Afora do processo o mundo é, como diria João Guimaraes Rosa, um “Grande Sertão”.

21 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 1032.

Tais limitações, todavia, não podem ser vistas como limites *restritivos*, ao contrário elas devem ser entendidas como limites *impulsionadores* dos direitos, de modo a se extrair proveito social e não meramente individual, até porque o processo legal é o processo democrático; o processo com contraditório e ampla defesa, no qual se garante às partes paridade de armas para se defender, inclusive, com a participação de *amicus curiae*.

Portando não se pode negar *poder* ao Poder Judiciário, pois seria o mesmo que negar o seu *dever*; da mesma forma que não se pode negar a existência de limites aos direitos, pois seria o mesmo que denegá-los. Pode-se dizer que a garantia dos direitos individuais e coletivos depende essencialmente das limitações que os poderes públicos exercem sobre eles.

“O direito ao processo, portanto, com o tónus da efetividade, pertence ao conjunto desses direitos, ditos fundamentais, que estão ligados ao conceito de dignidade humana, princípio sobre o qual está assentada a estrutura do Estado Brasileiro (art. 1º, III, da CF).

Trata-se, por assim dizer, de direito fundamental instrumental, pois, o reconhecimento de rico elemento de direitos fundamentais (individuais e coletivos) no plano constitucional, sem a simultânea previsão de instrumentos processuais aptos a proporcionar sua eficaz e efetiva realização, resultaria no próprio esvaziamento da ideia de direitos fundamentais²²”.

Assim, mister concluir um método, democraticamente legítimo, para se concretizar as funções jurisdicionais que, de longe, não podem se limitar a conhecer o direito (*juris-dicção*)²³, uma vez que, sendo a autotutela proibida na maioria dos casos envolvendo relação entre particulares²⁴, restaria unicamente ao Poder Judiciário o dever-poder de compelir alguém a fazer ou deixar

22 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. In: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol.1.p.1013-1023. Out/2011.

23 Esta era a proposta das teorias abstratas e da teoria da ação elaborada por Liebman. Conforme ensina o Professor Cássio Scarpinella, “foi-se o tempo em que o direito processual civil podia se dedicar mais - quiçá, exclusivamente – ao *conhecimento* do direito aplicável ao caso pelo magistrado. Tão importante quanto *conhecer* o direito a ser aplicado ao caso é *criar condições concretas de aplica-lo* ou, para empregar a nomenclatura do CPC de 2015, de *cumprir* a decisão *satisfazendo* o direito tal qual conhecido e isso ainda que contra a vontade das partes.” – BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.40.

24 Em raríssimas hipóteses, o atributo da exigibilidade/executoriedade está presente nas relações de Direito Privado, a saber: i) nos termos do art. 1.467, I, do Código Civil, o hoteleiro tem o direito de reter a bagagem do hóspede que não lhe pague a hospedagem, como forma de compelir indiretamente (exigir) o pagamento; ii) nos termos do §1º, do art. 1.210 do Código Civil, ao possuidor turbado ou esbulhado é facultada a retomada da posse do imóvel (executar), com o uso da força, se necessário, para a manutenção ou restituição da posse.

de fazer algo, com a autoridade da coisa julgada (*juris-satisfação*)²⁵, sendo, inclusive, esta sua a função típica. Neste sentido:

“Ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), nossa Constituição afirma a existência de direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

(...)

Obviamente, a proibição da autotutela só pode acarretar o dever do Estado Constitucional de prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos. Pensar de forma diversa significa esvaziar não só o direito à tutela jurisdicional (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito à tutela do direito (plano do direito material). É por essa razão que o direito à tutela jurisdicional só pode ser concebido como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF, e 3º e 4º, CPC)²⁶.”

Neste sentido, a regra do devido processo legal deve ser entendida como eixo estruturante de toda a função jurisdicional, pois dela resultam as demais regras processuais, como a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o juiz natural, o direito de acesso à prova, além das regras específicas da execução (regra da responsabilidade patrimonial, desfecho único, menor onerosidade, atipicidade dos meios executivos) etc , sendo, a um só tempo, fator de legitimação da tutela jurisdicional e um direito do jurisdicionado à uma *tutela adequada e justa*, ou seja, com adequação nos meios (no processo/no instrumento) e nos fins (na tutela/no resultado).

Portanto a regra do devido processo legal pode ser considerada, embora inexista previsão expressa neste sentido, como sendo o *limite dos limites*, já que “as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e

25 Neste ponto, vale lembrar que nem mesmo os atos de polícia da Administração Pública gozam de plena excoatoriedade, já que a Administração não pode utilizar de meios de coação direta para satisfazer sua pretensão jurídica, compelindo materialmente o administrado por meios próprios e sem a necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos está presente apenas quando a lei expressamente autorizar ou quando a medida a ser realizada for extremamente urgente e não houver outra via jurídica de igual eficácia para a Administração atingir o fim tutelado pelo Direito, sendo impossível, sob pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. O atributo que se encontra presente em todo o ato administrativo é o da exigibilidade que autoriza a Administração a se valer de meios indiretos capaz de induzir o administrado a atender o comando imperativo – Para maior aprofundamento, conferir em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.422.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 156.

formais estabelecidas na Constituição, que são os limites dos limites dos direitos fundamentais”²⁷.

3.2 – Regra da Efetividade ou da Eficiência (e da Utilidade):

Conforme já mencionado neste trabalho, o direito à tutela efetiva sempre foi visto como um braço das regras da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, consistente “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito mercedor de tutela executiva”²⁸.

No entender de Joaquim Felipe Spadoni, a tutela jurisdicional desacompanhada de adequação e efetividade “pode representar (...) sério risco à legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, já que, uma vez proibida a autotutela, os envolvidos no litígio ver-se-iam impossibilitados de realizarem, de forma útil, seus direitos”²⁹.

Não se quer com isto dizer que não existam meios alternativos de solução dos conflitos, pelo contrário; eles existem e são incentivados em nosso ordenamento (como a mediação, arbitragem, por exemplo). O que se quer dizer é que não existe outro meio de efetivar o direito, senão por meio do Poder Judiciário, dentro de um processo judicial.

“De todo modo uma coisa é certa: a parte não conta com ninguém mais, a não ser o Estado/Juiz, para fazer a decisão judicial valer. Que a doutrina e os Tribunais se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito”³⁰.

Neste sentido, Araken de Assis ensina que “A necessidade de transformar o mundo físico é a matriz da função jurisdicional executiva”.

27 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.290.

28 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.102.

29 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. In: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol.1.p.1013-1023. Out/2011.

30 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Jota, publicado em 24.8.2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acesso em 03.09.2017, às 19:02.

“Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que este papel é instrumental em relação ao direito substantivo também se coaduna falar em instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena, em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitui instrumento eficiente de realização do direito material”³¹.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier:

“é hoje inafastável a conclusão no sentido de que o direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos “formais”, isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real. Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é *direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional*, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema”³².

Trata-se de regra que visa a combinação de *conhecer* e *cumprir* o direito, mediante a utilização de técnicas processuais distintas para cada uma das diferentes situações de direito substancial, de forma que quanto maior a especificidade do procedimento maior seja a solução dada à crise jurídica levada ao Poder Judiciário.

“A postura dogmática preocupada com as tutelas dos direitos entende que a existência de um direito não decorre simplesmente de uma norma atributiva de direito. Um direito é uma posição jurídica protegida ou tutelada. O direito somente é uma posição juridicamente tutelada quando dispõe de “formas de tutela” adequadas às suas necessidades de proteção. Porém, tais formas de tutela não são atribuídas pelo direito processual ou pelo direito de ação, mas sim pelo próprio direito material”³³.

Assim, para que a tutela seja efetiva, o processo deve estar estruturado de forma a entregar, em tempo razoável, o direito material prometido ao jurisdicionado, devendo existir adequação entre as formas de tutela previstas na lei processual e o direito material. Portanto, o direito à tutela efetiva pressupõe a identificação precisa do direito substancial que se pretende proteger

31 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: Revista dos Tribunais. Revista do Processo. Vol. 27, n. 105, p.183-190, p. 181, jan – mar. 2002.

32 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. In: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol.1.p.1013-1023. Out/2011.

33 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 602.

para, somente depois, analisar quais técnicas serão suficientes para tutelá-lo³⁴. É por essa razão, por exemplo, que o legislador resolveu separar nos arts. 497, 498 e 501 do Código de Processo Civil as tutelas que se realizam mediante prestações de fazer, não fazer e de entregar coisa e nos arts. 139, IV, 536 537 e 538 as técnicas processuais que viabilizam o cumprimento das respectivas sentenças.

“O processo tem de ser adequado à finalidade que pretende alcançar, o que significa que é inafastável do campo da tutela jurisdicional dos direitos. É por essa razão que o novo Código, além de prever procedimentos diferenciados ao lado do procedimento comum, introduziu várias técnicas processuais no procedimento comum capazes de moldar o processo às necessidades do direito material afirmado em juízo. Por essa razão é que o novo Código prevê, por exemplo, distribuição adequada do ônus da prova, inclusive com possibilidade de inversão (Art. 373, CPC), técnicas antecipatórias idôneas a distribuir isonomicamente o ônus do tempo no processo, seja em face da urgência (arts. 300 a 310, CPC), seja em face da evidência (art. 311, CPC), de formas de tutela jurisdicional com executividade intrínseca (arts. 536 a 538, CPC) e técnicas executivas atípicas (arts. 139, IV, 536 a 538, CPC). É dever do legislador estruturar o processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional. É dever do juiz adaptá-lo concretamente, a partir da legislação, a fim de viabilizar tutela adequada aos direitos”³⁵.

Mas não é só. Muitas vezes as formas de tutela não estão suficientemente previstas na lei processual, ocasionando a indesejável ineficácia das sentenças. É por isso que o legislador, por meio do art. 139, IV do Código de Processo Civil, conferiu aos juízes poderes de *imperium*, mediante a possibilidade de ampliação do espectro de instrumentos a serem utilizados para a satisfação de suas ordens. A propósito, comentando o mencionado artigo, Luiz Guilherme Marinoni adverte que:

“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)”³⁶.

34“É imprescindível para prestação de tutela jurisdicional efetiva a fiel identificação da tutela do direito pretendida pela parte. Vale dizer: é preciso em primeiro lugar olhar para o direito material a fim de saber-se qual a situação jurídica substancial que se pretende proteger judicialmente. (...) Daí ficou fácil à doutrina, na verdade, perceber a necessidade de pensar todo o processo a partir do direito material com o objetivo de promover a sua efetividade, propondo-se a estruturação do processo como um todo a partir do direito à tutela específica dos direitos.” – MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p... 157/158.

35 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 157.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 284.

A consagração da tutela efetiva no plano infraconstitucional – art. 4º do Código de Processo Civil – como direito fundamental autônomo, após décadas de emendas legislativas que visavam garantir maior efetividade aos provimentos³⁷, traz inúmeras consequências além de garantir a eficácia social dos mandamentos constitucionais. Dentre elas está o reconhecimento de que se deve aplicar ao direito à tutela jurisdicional efetiva toda a metodologia relativa à aplicação das regras de direito fundamental, a saber:

Primeiro, o direito à atividade satisfativa deve ter aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, independentemente de outra regulamentação. Segundo, mesmo não se tratando de um direito absoluto – até porque não existem direitos absolutos -, pode-se dizer que se trata de um direito fundamental objetivo, já que nenhuma limitação seja administrativa, legislativa ou judiciária, poderá afetar o núcleo essencial do direito à atividade satisfativa abstratamente previsto na lei, podendo, inclusive, se sobrepor ao direito subjetivo dos particulares, admitindo-se apenas as restrições expressamente autorizadas pela Constituição ou aquelas delimitadas pela lei em sentido amplo (tanto a lei decorrente do processo legislativo quanto a lei oriunda da atividade interpretativa dos magistrados), como acontece com as exceções à penhora, previstas no art. 833 do Código de Processo Civil³⁸.

Neste ponto, o Professor Marcelo Novellino³⁹ explica que, pela *teoria objetiva da proteção aos direitos fundamentais*

37 A exemplo das leis nº 8.952/94, 10.444/2002, 11.232/2005, 11.382/2006.

38 Art. 833 do Código de Processo Civil: “São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”.

39 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 284

“o objeto protegido é a garantia geral e abstrata prevista na norma (direito fundamental objetivo), e não a posição jurídica concreta do particular (direito fundamental subjetivo). Para tal enfoque, a privação definitiva do direito subjetivo não viola necessariamente o núcleo essencial. A condenação à pena de morte, por exemplo, eliminaria por completo o direito do condenado, mas não afetaria o núcleo essencial da dimensão institucional do direito à vida”⁴⁰.

Em outras palavras, tratando-se da regra do direito à *atividade satisfativa*, que sofreu uma pré-ponderação em seu processo legislativo, não são admitidas restrições no “coração desse direito”, embora seja possível intervenções legislativas periféricas, bem como o seu afastamento no caso concreto (derrotabilidade) ou ainda a criação de uma exceção a ela.

“Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer”⁴¹.

Tendo, essa regra, regulado a solução de maneira apriorística, não caberia ao interprete limitar ou ampliar o seu suporte fático, por meio de uma ponderação *a posteriori* (com princípios, por exemplo), sob o argumento de se fazer uma interpretação sistemática do ordenamento.

“O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita”⁴².

40 Em posição contrária é a teoria subjetiva: “a garantia do conteúdo essencial teria por finalidade proteger os direitos individuais de cada sujeito jurídico, (...). Pretende-se, portanto, impedir o sacrifício do direito subjetivo ao ponto de perder qualquer significado para o seu titular” - NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.284.

41 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17,2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 03.05.2017, às 16:12.

42 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17,2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 03.05.2017, às 16:12.

Apesar de ter havido uma pré-ponderação legislativa, no sentido de se fortalecer a atividade satisfativa do Estado-Juiz, isso não significa que esse direito seja absoluto, podendo se sobrepor a todo e qualquer direito subjetivo. Pelo contrário, como se disse há pouco, a atividade satisfativa somente será exercitável pelo Poder Judiciário se houver possibilidade jurídica para tanto, ou seja, se forem atendidas as expectativas sociais a que ela se destina, melhor dizendo, se ela corresponder aos seus próprios limites, ou ainda, se exercida regularmente.

Em conclusão, como direito fundamental previsto implicitamente na Constituição Federal e expressamente no texto legal, o direito à tutela satisfativa terá aplicabilidade imediata, salvo, como se disse há pouco, as restrições constitucionais (restrições diretamente constitucionais) ou as decorrentes dela (restrições indiretamente constitucionais), sob pena de violação a direito. Neste sentido, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta que o processo efetivo, além de adotar as técnicas adequadas, deve trazer alguma utilidade prática que beneficie o exequente:

“Como todo processo, também o de execução deve servir, efetivamente, para entregar ao vitorioso aquilo que tem direito a receber. Não se justifica, portanto, processo de execução apenas para prejudicar o devedor, sem trazer qualquer proveito prático ao credor, devendo o processo ter alguma utilidade prática que beneficie o exequente.

Em razão desse princípio, a penhora não será realizada quando restar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 836, caput, do Novo CPC).

É também o princípio da utilidade que impede a aplicação das astreintes quando o juiz se convence que a obrigação se tornou materialmente impossível de ser cumprida. Somente prejudicaria o executado, sem nenhum proveito ao exequente na busca da satisfação de seu direito, a aplicação de uma medida de natureza coercitiva em situações nas quais a pressão psicológica é inútil, não dependendo da vontade do executado o cumprimento da obrigação.

Nunca é demais lembrar que atualmente a execução não é forma de vingança privada, como já o foi em remotas épocas. Trata-se de mecanismo judicial para a satisfação do direito do credor, e sempre que se entender que esse direito não pode ser satisfeito não haverá razão plausível para a admissão da execução. O mesmo entendimento se aplica aos meios executivos, que devem ser afastados sempre que se mostrarem inúteis para fins de satisfação do direito”⁴³.

Neste sentido não se aplicaria medida de execução indireta quando é material ou juridicamente impossível o cumprimento da obrigação. Por exemplo, não teria nenhum

43 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1068.

sentido aplicar uma multa diária ao executado que tem a obrigação de entregar coisa que já pereceu. Da mesma forma, não teria sentido pressionar alguém a pagar, se essa pessoa não tem patrimônio suficiente para tornar materialmente possível o cumprimento da obrigação”⁴⁴.

Capítulo 4 – Fases da atividade satisfativa

Em razão das diversas alterações que o Estado e o próprio Direito passaram nas últimas décadas, muito se discute sobre os poderes-deveres dos magistrados, na condução do processo, pois a atuação do Estado-Juiz deixou de ser milimetricamente limitada pela atividade legislativa (Estado Liberal de Direito) para ser mais proativa ou, em outras palavras, para ser mais ativista (Estado Social e Democrático de Direito), no sentido de se conceder aos juízes maior liberdade de escolha entre os meios e fins adequados à solução de uma crise posta em juízo, privilegiando-se, assim, o respeito à função jurisdicional, como se verificará em seguida.

4.1 – Execução direta x Execução indireta

Para se adentrar nas fases que a atividade satisfativa perpassou durante o último século é necessário, antes, diferenciar a execução direta da indireta para melhor compreensão do tema. Na satisfação dos títulos judiciais/extrajudiciais, o devedor possui, basicamente, duas possibilidades de conduta: ele pode cumprir de maneira involuntária a prestação a ele imposta pelo Juiz o que sempre foi mais comum na realidade forense uma vez que a demanda surge justamente por conta de uma crise de inadimplemento, ou, ainda, cumprir de maneira voluntária (e não espontânea, obviamente), o que é mais raro de se verificar na prática, mas que representa o grande desafio da atualidade.

No primeiro caso, ou seja, na execução direta, o Estado Juiz, por meio da sub-rogação, praticará atos materiais, independentemente da concordância ou resistência do executado, cumprindo a prestação a ele imposta pelo comando decisório. O Estado Juiz substitui a vontade do devedor e satisfaz o direito - como, por exemplo, ocorre com a

44 Neste sentido, conferir REsp nº 634.775, Rel. Teori Albino Zavascki, Julgado: 16/11/2004.

penhora/expropriação; depósito/entrega da coisa. Esta, como se disse há pouco, era a regra no ordenamento jurídico pátrio até a entrada em vigor da atual codificação processual.

No segundo caso, ou seja, na execução indireta, o Estado Juiz exerce uma pressão psicológica para o executado realizar voluntariamente (e, como já dito, não se trata de ato espontâneo) o comando da determinação, por meio de medidas mandamentais, indutivas e coercitivas. O Estado-juiz pode i) tanto realizar ameaças para piorar a situação do devedor - como por exemplo, ocorre com as *astreites*, a prisão civil, o protesto da decisão (art. 517, CPC), a inclusão do nome do executado nos cadastros de inadimplentes (art; 728, §3º), a aplicação de multa de 10% do valor da condenação, na hipótese de o devedor não realizar o pagamento no prazo de 15 dias⁴⁵ -; ii) quanto oferecer uma melhoria na sua situação⁴⁶ - como, por exemplo, ocorre com o art. 827, §1º do CPC, que prevê um desconto de 50% no valor dos honorários caso o executado realize o pagamento no prazo de três dias contados do recebimento da citação.

Ressalta o professor Fredie Didier, comentando o art. 139, IV do Código de Processo Civil, que:

“O texto legal sofre de uma atecnia: medidas mandamentais, indutivas e coercitivas são rigorosamente, a mesma coisa. Trata-se de meios de execução *indireta* do comando judicial. Sem distinções. As medidas sub-rogatórias são meios de execução *direta* da decisão⁴⁷”

Feita esta observação, em seguida serão apresentadas algumas características da etapa de satisfação do comando jurisdicional que predominaram em determinados momentos da história jurídica do Brasil.

45 Há, neste exemplo, divergência na doutrina sobre a natureza desta multa se seria um método de execução indireta ou se seria uma sanção processual. Há, ainda, quem sustente ter natureza jurídica híbrida. Neste sentido, conferir informativo nº 437/STJ. REsp. nº 1.111.686/RN, Rel. Sidnei Beneti, julgado: 01/06/2010.

46 “Apesar de lições tradicionais de direito estrangeiro, os termos “sanções premiadas” ou “sanções premiais” empregadas para designar essa espécie de execução indireta não parecem adequados, porque, apesar de a ideia de prêmio concedido a quem cumpre a obrigação estar correta, não se pode confundir *sanção* com *pressão psicológica*.” – NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.p. 1057

47 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.101.

4.2 – Modelo do Estado Liberal de Direito

Quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, adotou-se o ideário de um Estado Liberal (contrário ao Estado Absolutista) que, em linhas gerais, pregava a não intervenção do Estado na *propriedade* e na *liberdade individual*. Por isto que a atuação dos magistrados era fortemente limitada e regulamentada pela lei, havendo a necessidade de que o juiz fosse neutro, absolutamente isento e que não exercesse qualquer atividade interpretativa, já que, segundo se imaginava, era a Lei a única forma de legitimar a vontade popular.

Após a submissão do Estado brasileiro a um regime ditatorial, o Poder Constituinte Originário elevou a nível constitucional uma grande variedade de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos que se encontram precipuamente elencados entre os arts. 5º a 17º da Constituição Federal de 1988.

Se, por um lado, este movimento representou um avanço para os direitos humanos, já que o judiciário abriu suas portas para toda e qualquer lesão ou ameaça a qualquer tipo de direito⁴⁸, por outro, desarticulou os Poderes Democráticos da força necessária à sua eficaz garantia, uma vez que, ao mesmo tempo em que se protegeram direitos variados, muitas vezes, antagônicos, derivados de uma sociedade complexa, aberta e plural, exigia-se previsibilidade e segurança jurídica nos provimentos jurisdicionais.

Deste período são as grandes codificações que, por sua extensão, visavam evitar lacunas legais, e, especialmente no que tocava a atividade executiva, por representar uma intervenção Estatal não desejada no patrimônio dos indivíduos⁴⁹, vigorava a regra da tipicidade dos meio executivos – que, de fato, garantia maior previsibilidade e segurança jurídica ao executado

48 “Nos primeiros 25 nos da Constituição, enquanto a população cresceu cerca de 30%, segundo dados do IBGE, o número de ações em trâmite na Justiça cresceu quase 270 vezes, saindo de 350 mil para 92 milhões, segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça”. – RAMOS NETO, Newton Pereira. Poderes do juiz no processo civil cooperativo: Limites e possibilidades no paradigma do Estado Democrático de Direito – São Paulo: [s.n.], 2016 – Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2016.

49 “Nesse passo, a tutela executiva talvez fosse – e sem dúvida era – a modalidade de tutela que mais amedrontava a sociedade existente em um estado liberal, pois representava um permissivo legal de invasão na propriedade privada e cerceamento da liberdade, ou seja, um intervencionismo estatal direto, com poder de coação, tudo permitido pela lei” – ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 51.

que, de antemão, já saberia *como e quando* o Estado atuaria no sentido de obrigá-lo ou coagi-lo a realizar a tutela, já que o juiz era apenas *la bouche de la loi* (a boca da lei).

É o que se verificava, por exemplo, no caso do executado ser condenado ao cumprimento de obrigação de fazer em favor do exequente - o primeiro tinha o direito de não ser obrigado a fazer o que não queria (*nemo praecise potest cogi ad factum*) e o segundo tinha o direito à satisfação de seu direito. Qualquer limitação, ainda que constitucionalmente legítima, seria vista, por um ou por outro, como violadora de direitos, inviabilizando a efetividade dos direitos *no e pelo* processo, além do descrédito na função jurisdicional.

Neste ponto, Alexandre Freitas Câmara relata que, historicamente, criou-se, no Brasil, a tendência à superproteção do executado⁵⁰, quando, na realidade o princípio da dignidade da pessoa humana deveria ser observado tanto para o exequente quanto para o executado. O Desembargador fluminense exemplifica que, no Código de Processo Civil de 1973, inicialmente, previa-se que era o executado (e não o exequente) quem detinha a prerrogativa de indicar os bens que gostaria de ver penhorados e que o prazo para a apresentação da sua impugnação somente tinha início após a penhora e garantia do juízo, o que ocasionava um “emperramento” do processo que dificilmente seria ultrapassado.

Naquele momento, entendia-se que a intervenção na propriedade era menos invasiva que a intervenção na vontade das pessoas, razão pela qual prevaleciam as técnicas de execução direta, pelas quais o Estado se sub-rogava na condição de devedor, para satisfazer a prestação, aplicando a literalidade das técnicas executivas, ao invés de pressioná-lo a cumprir de modo voluntário a tutela específica.

O fato dos magistrados não terem liberdade para escolher os instrumentos mais adequados à garantia da efetividade da tutela concedida dentro de um processo, porque a função jurisdicional estava milimetricamente regulamentada pela função legislativa, ocasionou não só o descrédito no Poder Judiciário como também o congestionamento da Justiça, além dos gastos desnecessários aos cofres públicos, com reflexos até nos dias de hoje, conforme se

50 “É impossível determinar com exatidão todos os motivos pelos quais a execução tem sido, historicamente, tão ineficiente. Uma razão há, porém, que não pode deixar de ser aqui registrada: a tendência à superproteção do devedor” – ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda, BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen, COUTO, Mônica Bonetti. Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

verificará em capítulo próprio deste trabalho. Isto porque, à época, seria culturalmente inconcebível reconhecer aos magistrados o poder de coativamente agir sobre a vontade dos devedores, fazendo-os cumprir a tutela jurisdicional específica, em razão do ideário liberal que impunha rígida proteção ao patrimônio e à liberdade dos indivíduos.

4.3 – Modelo do Estado Social e Democrático de Direito

É por isto que, desde a década de 1990, o legislador brasileiro vem investindo na transformação das técnicas executivas como forma de legitimar - na sociedade - os deveres-poderes inerentes da atividade jurisdicional, em especial o dever instrumental de satisfazer as tutelas específicas concedidas no âmbito do processo, a exemplo das leis nº 8.952/94, 10.444/2002, 11.232/2005, 11.382/2006, iniciando uma ruptura com os ideais do antigo Estado Liberal que motivaram a criação do Código de Processo Civil de 1973.

Relembre-se que i) a lei nº 8.952/94 introduziu, no âmbito do Processo Civil, as medidas típicas e atípicas para as obrigações de fazer e não fazer, nos parágrafos do art. 461⁵¹, ii) a lei nº 10.444/2002 acrescentou o §5º ao art. 461 e introduziu o art. 461-A ao Código de Processo Civil, referentes à aplicação de multa no descumprimento das obrigações de fazer e de não fazer e de entrega de coisa⁵², iii) a lei nº 11.232/2005 incrementou, por meio do art.475, I,⁵³ o sincretismo processual, por meio do cumprimento de sentença nos próprios autos da ação de conhecimento. Além disto, por meio do art. 475, J⁵⁴, introduziu a possibilidade de aplicação

51 art. 461 do Código de Processo Civil: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

52 art. 461, § 5º do Código de Processo Civil: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

art. 461-A do Código de Processo Civil: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

53 art. 475-I do Código de Processo Civil: “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

54 art. 475-J do Código de Processo Civil: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa

de multa para o descumprimento das obrigações de pagar decorrentes de título judicial e, por fim, iv) a lei nº 11.382/2006 alterou mais de 100 artigos da lei processual referentes à execução de título extrajudicial, introduzindo os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade dos títulos extrajudiciais, sempre visando associar a execução aos princípios do devido legal e do acesso à justiça.

Não obstante os esforços trazidos pelas reformas processuais iniciadas no ano de 1994, seguidas em 2002, 2005 e 2006, que deram uma sobrevida ao Código de 1973, fato é que somente com a atual codificação processual é que efetivamente se legislou sob o viés de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito. É sabido que as inovações científicas, sociais, tecnologias, culturais, econômicas e de toda ordem, ocorridas nos últimos 50 anos, modificaram sensivelmente a sociedade e suas crises jurídico/comportamentais e que, logo, demandariam a readequação das técnicas procedimentais que as tutelariam.

“Sucedee que, como pondera Marcelo Lima Guerra, é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades⁵⁵”

Para tutelar todas as incontáveis e inimagináveis situações jurídicas que envolvem essa *sociedade líquida*⁵⁶, criaram-se novas técnicas legislativas, a saber: a utilização de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, nos textos das leis - característica marcante do fenômeno do neoconstitucionalismo, como já desenvolvido neste trabalho. Com a virada linguística no campo do direito, os juízes passaram a ter um *poder geral* de tutela⁵⁷, exercendo sua função com maior liberdade interpreta(cria)tiva, como pode ser observado em diversas passagens do Código de Processo Civil que contem expressões não terminativas, como “o juiz poderá determinar”, “entre outras medidas”, “medidas necessárias”, “entender adequado”.

no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

55 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.101.

56 Conceito fornecido por Zygmunt Bauman.

57 Neste sentido: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”. – Enunciado 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – EFAM.

A título de exemplo⁵⁸, o legislador de 2015, imerso nos ideais do Estado Democrático e Social de Direito, nos artigos 297 e 301, autorizou o juiz a adotar as *medidas adequadas* tanto para se efetivar quanto para se assegurar as tutelas provisórias de cunho antecipatório ou acautelatório, a saber:

Art. 297. “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”

Art. 301. “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.”

Mas não é só. A novel codificação processual de 2015 ampliou os “poderes”⁵⁹ do juiz para, dentre outras hipóteses previstas no art. 139, lhe autorizar a utilização de “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

Isto se deu porque, segundo os fins buscados pela nova codificação processual:

“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

58 No mesmo sentido são os artigos 400, 403, 524, 536, 553, 773 do Código de Processo Civil.

59 “Em um modelo de Estado como o nosso, Estado Democrático de Direito ou, de forma mais ampla e precisa, Estado Constitucional, o que é chamado de “poder” tem que ser compreendido invariavelmente como “dever-poder”. Os magistrados em geral exercem função pública. E ao exercer têm de atingir determinadas finalidades que, por definição, podem não coincidir com suas vontades pessoais. Aliás, qualquer elemento de vontade pessoal que seja constatado em um magistrado ou em quaisquer de seus auxiliares, até mesmo no âmbito do Ministério Público, é fator de inibição de sua atuação, como demonstro no n. 5.2, infra, ao cuidar do impedimento e da suspeição. Trata-se, assim, de atingir uma vontade estranha ao agente, uma “vontade funcional”. Neste sentido, é correto identificar um dever a ser atingido pelo magistrado – prestar tutela jurisdicional – e, correlatamente a este dever, de maneira inequivocamente instrumental, constatar que há poderes para tanto, na exata medida em que tais poderes sejam necessários. Por isto, a ênfase deve recair no dever, e não no poder. Poder só existe como meio diretamente proporcional e exato para atingimento do dever. Fora disto, há abuso de poder e, como tal, nulo de pleno direito. Qualquer abuso atrita com o Estado Constitucional” – BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.197.

ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”⁶⁰.

Diferentemente do que ocorria com o Código de 1973, a aposta que a atual codificação processual fez é justamente ampliar os deveres-poderes dos Juízes para pressionar os devedores a cumprirem de modo voluntário suas obrigações, até porque, no processo colaborativo, toda a matéria de direito, em tese, já teria sido amplamente debatida, sendo, inclusive, mais democrático que o devedor cumpra a sua prestação ao invés de o Juiz cumprir por ele. Portanto, atualmente, vigora a regra da atipicidade dos meios executivos ou, em outros termos, vigora a regra da *concentração dos poderes de execução do juiz*, propiciando uma espécie de *poder geral de efetivação* – que, apesar de gerar maior insegurança jurídica ao executado, oferece maior efetividade ao exequente, aumentando, conseqüentemente, a credibilidade da função jurisdicional perante a sociedade. Na lição de Daniel Amorim, o

“Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei”⁶¹.

Há, por isso, quem diga que o juiz é isonômico na condução do processo, mas que é assimétrico na prolação da sentença⁶², no sentido de que as partes serão previamente ouvidas antes de qualquer ato processual, garantindo-se o efetivo contraditório e evitando-se decisões surpresas. Todavia, a sentença proferida será imposta às partes, independentemente da sua vontade, da mesma forma que ela será satisfeita, ainda que por mecanismos de coerção ou sub-rogação.

60 Extraído da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015.

61 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 545.

62 “O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo (art. 139, CPC), atuando ativamente, esta direção é desempenhada de maneira dialogal. Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas possíveis decisões (arts. 7º, 9º e 10, CPC). Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório. A assimetria, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente impõe o seu comando, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes”. – MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.164.

Esta assimetria não pode ser vista como algo ruim ou indesejável, mas como algo necessário à própria função jurisdicional contemporânea, já que, sendo uma técnica de solução por heterocomposição, a vontade das partes, em regra⁶³, é substituída pela vontade da norma, lembrando que ao exercer a jurisdição, os magistrados não só aplicam o texto da lei como também criam a norma jurídica, interpretando-a. Portanto, o sistema normativo conferiu aos magistrados uma abertura quanto às técnicas processuais a serem utilizadas, a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados pela lei.

Por isso que o sistema dispositivo é visto de modo temperado, pois possui toques de inquisitorialidade, conforme fica claro na leitura do art. 2º do Código de Processo Civil que prevê a necessidade de provocação do interessado para que exista o processo (princípio dispositivo) a ser desenvolvido pelo impulso oficial (princípio inquisitivo)⁶⁴. Isso quer dizer que nem só as partes nem só o juiz são responsáveis pela instauração e condução do processo, ambos participam no seu desenvolvimento.

Neste cenário, ganha espaço a tomada de decisões estruturantes – que são mais comuns nas demandas coletivas – que passam a ter aplicabilidade nas demandas individuais também. Grosso modo, esse tipo de decisão estrutura o modo como se deve alcançar o resultado da tutela. Isso porque, pela combinação do art. 139, IV com o art. 536, §1º ambos do Código de Processo Civil, as partes processuais (considerando, aqui, uma relação triangular) de maneira dialética estão autorizadas a traçam o regime jurídico para a concretização do comando instituído pela sentença.

63 Nem sempre a característica da substitutividade se faz presente, como se verifica nas ações constitutivas necessárias – na qual a nova situação jurídica não poderia ser criada sem a intervenção do Poder Judiciário; e nas ações de execução indireta, na qual a obrigação é satisfeita pela vontade do próprio devedor, ainda que sob pressão psicológica.

64 “Além desse dispositivo legal, uma análise de nosso sistema demonstra o acerto do entendimento que aponta para a existência de um sistema misto. O juiz está vinculado aos fatos jurídicos componentes da causa de pedir, o que depende da vontade da parte, mas as provas a respeito dos fatos podem ser determinadas de ofício pelo juiz (art. 370, *caput* do Novo CPC), o que demonstra uma característica do sistema inquisitivo. Segundo o art. 371 do Novo CPC, o juiz pode levar em consideração em sua decisão os fatos simples, ainda que não alegados pelas partes, regra esta que também consagra o princípio inquisitivo. O princípio da congruência (art. 492 do Novo CPC) vincula o juiz aos limites do pedido do autos, não se admitindo a concessão de algo diferente nem a mais do que foi pedido, o que, inclusive, gerará sentença *extra* e *ultra petita*, respectivamente. Essa, entretanto, é a regra, não aplicável na hipótese dos “pedidos implícitos” e na permissão de aplicação do princípio da fungibilidade (por exemplo, pedida reintegração de posse o juiz concede manutenção de posse – art. 554 do Novo CPC), para as quais se nota a presença do sistema inquisitivo” – NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.p. 183/184.

Ou seja, a efetivação da decisão pode se dar de modo atípico, mas sempre de maneira democrática e em cooperação, visando a utilidade do processo e a eficácia social da função jurisdicional. Aliás, é pela harmonia entre as cláusulas gerais executivas e a cláusula geral de negociação do artigo 190 do Código de Processo Civil, que se pode alcançar a execução negociada.

4.4 – Estado Constitucional Moderno

Apesar de a cláusula geral prevista no art. 139, IV do atual Código de Processo Civil revestir o Magistrado de deveres-poderes instrumentais que permitem a utilização dos mais variados meios coercitivos e sub-rogoratórios, alguns Tribunais estão reformando as decisões dos juízes de primeira instância que cumpriram seus deveres impostos pelo legislador processual ao limitar direitos do executado em favor satisfação da tutela executiva (e da própria regra do devido processo legal e da efetividade dos direitos *no e pelo* processo).

Isto aconteceu, por exemplo, no famigerado caso Whatsapp⁶⁵ - no qual o juiz criminal em aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, determinou a suspensão do aplicativo em todo o território nacional, até que fossem fornecidas algumas informações solicitadas pelo magistrado - e em outros tantos casos nos quais juízes de primeiro grau determinaram a proibição de dirigir, mediante suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, o impedimento de utilização de cartão de crédito, apreensão de passaporte, impossibilidade de participar de concurso público ou de licitação, proibição de adquirir empréstimos, vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais, etc.

A título de exemplo, são as seguintes ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA CNH. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DO CUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL. ART. 139, IV, NCPC. PREJUÍZO AO DIREITO DE IR E VIR DOS DEVEDORES. 1. Atento à efetividade que se espera do processo judicial, o legislador do Novo Código de Processo Civil, no art. 139, IV, do referido diploma, dilatou os poderes do juiz, na medida em que, na condução do processo, deverá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogoratórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. 2. Muito embora as cláusulas gerais como aquela trazida

65 Assim, por exemplo, STJ, Inq nº 784 – QO, Corte Especial, rel. Mina. Laurita Vaz, julgamento: 17/04/2013.

pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 sejam abstratas e genéricas, porque se utilizam propositalmente de conceitos indeterminados para lhes permitir maior alcance, sua concretude deve ser extraída do próprio litígio enfrentando pelo Juiz, que, dessa forma, não está autorizado a implementar toda e qualquer providência porventura requerida pela parte interessada no cumprimento da obrigação.³ Não há como afastar a conclusão de que a suspensão e apreensão do passaporte e da CNH da devedora afigura-se demasiadamente gravosa, pois à sua intensidade não correspondente a relevância do bem jurídico que se pretende tutelar com a satisfação da execução. 4. A medida, ademais, importa em violação ao direito de ir e vir dos devedores, retirando-lhes o direito de livremente se locomover. Não se afigura razoável sacrificar o direito constitucional de liberdade de locomoção em favor da satisfação de crédito que se quer tem natureza alimentar.⁵ Na verdade, medidas dessa natureza não têm adequação ao fim a que se destina, ou seja, não são capazes de satisfazer o crédito. Representam exclusivamente coação à pessoa do devedor, incompatível com a moderna concepção da obrigação, consubstanciada na responsabilidade exclusivamente patrimonial do devedor, e divorciada da garantia constitucional da liberdade e a proibição da prisão do devedor e, consequentemente, de todo e qualquer meio de obter a satisfação da obrigação mediante a violação de direitos fundamentais da pessoa, que não podem ser sacrificados sem observância ao princípio da proporcionalidade.⁶ Recurso não provido. Decisão mantida⁶⁶.

“EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL Restrição de direitos Pedido de bloqueio da utilização dos cartões de crédito do sócio da empresa agravada e restrição de seu passaporte - Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir Restrição de passaporte fere a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos do Homem - Quanto ao bloqueio do uso do cartão de crédito, mesmo que se entenda que se trata de medida que atinge apenas o patrimônio do executado, só poderia ocorrer após ter sido esgotados todos os meios legais para obtenção de bens passíveis de penhora Decisão mantida Recurso não provido⁶⁷”.

Esqueceram-se, porém, que o “direito ao processo efetivo insere-se, portanto, no conjunto de outras tantas demandas sociais, igualmente relevantes, como o são, por exemplo, as exigências da sociedade por serviços efetivos de saúde pública, educação, segurança, previdência etc⁶⁸”.

Por consequência, ainda se arrasta, no Brasil, a cultura da desobediência à ordem (e especialmente para este estudo, uma cultura à desobediência à tutela jurisdicional), vez que o Estado ainda não possui a necessária legitimidade social para coagir os devedores civis a cumprir seus mandamentos, seja porque aquele momento ditatorial ainda assombra a população, seja porque os interpretes e aplicadores do direito não possuem o esforço

66 Agravo de instrumento nº 2020923-23.2017.8.26.0000/SP, Rel. Carlos Alberto Garbi. julgamento: 04/04/2017.

67 Agravo de Instrumento nº 2184246-44.2016.8.26.0000/SP, Rel. Maia da Rocha. Julgamento: 13/02/2017.

68 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. In: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol.1.p.1013-1023. Out/2011.

necessário para repensar a rígida estrutura de proteção de alguns direitos fundamentais tidos, por muitos, como absolutos, esquecendo-se que o direito à tutela efetiva também foi elevado à categoria de direito fundamental.

É neste cenário que se deve analisar os deveres-poderes dos magistrados, especialmente aquele previsto no art. 139, IV, do Código de Processo Civil.

Capítulo 5 – Dados do Conselho Nacional de Justiça⁶⁹

Neste tópico serão apresentados os últimos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em sua *12ª edição do Relatório Justiça em Números* (ano-base 2015), especialmente no que toca às execuções judiciais e extrajudiciais. Isto é necessário para uma melhor compreensão da atual *crise* que assola a Justiça. Crise esta atrelada “ao fenômeno de morosidade da justiça e da duração irrazoável do processo, que seria atribuível ao congestionamento de causas em curso no Poder Judiciário, e que tem transformado a tutela dos direitos em uma saga, só que sem um fim”⁷⁰.

Não foi por outra razão que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, enquanto Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do atual Código de Processo Civil, dentre as justificativas para as mudanças processuais que sucederiam, assim se pronunciou:

“É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?

(...)

69 Dados extraídos do Relatório da Justiça em Números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 03.09.2017, às 19:55.

70 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 61.

A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução”⁷¹

Um apontamento básico, porém essencial, é saber que não existe uma única causa para a crise da Justiça. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 a crise do judiciário já esteve associada ao excesso de recursos e ao formalismo processual e, atualmente, dizem os estudiosos⁷² existir variantes que somadas levam à ineficiência do Poder Judiciário. Dentre os principais problemas estariam i) a ausência de infraestrutura adequada para a prestação do serviço jurisdicional, ii) a incapacidade de autogestão administrativa do Poder Judiciário, iii) a inadequação dos métodos para a solução dos conflitos, e iv) a ausência de Políticas Públicas no sentido de conter as demandas em massa, envolvendo, precipuamente, Instituições Financeiras, Poder Público e Agências Reguladoras.

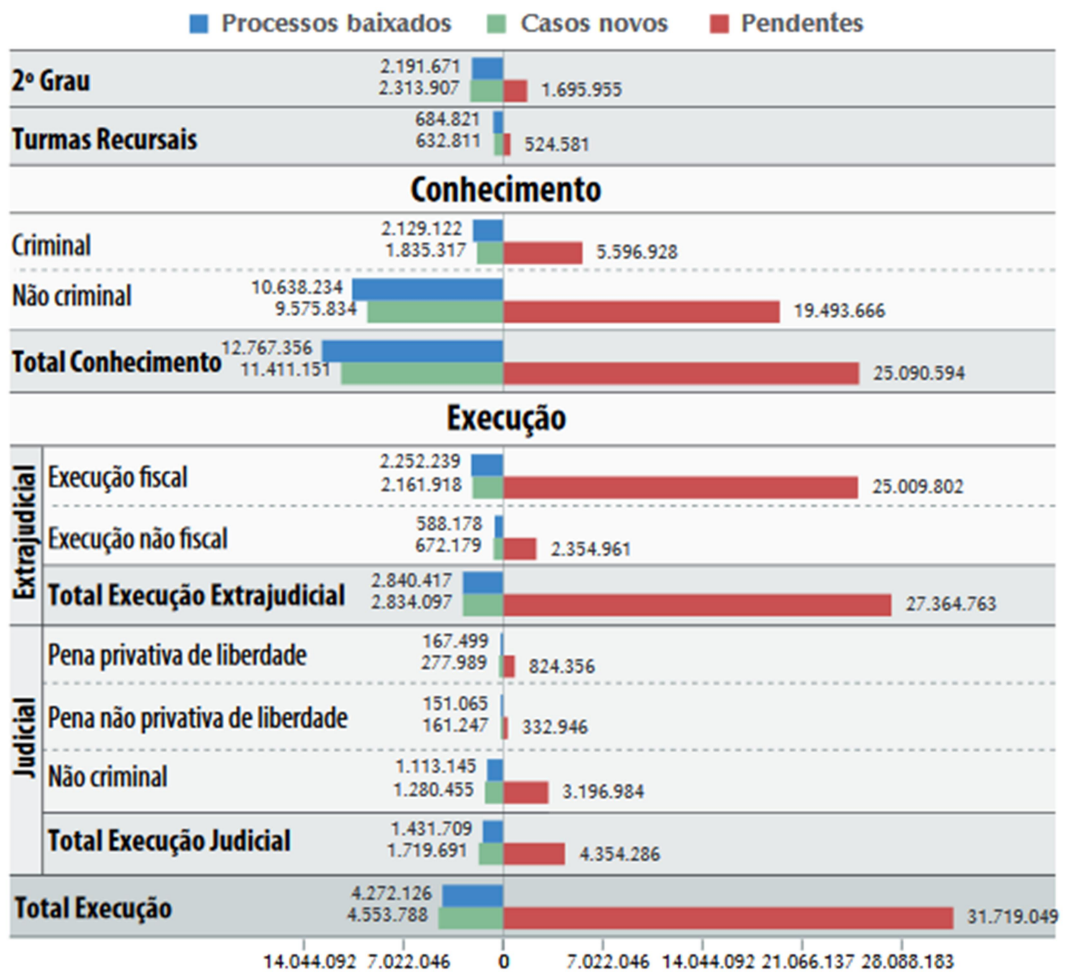
5.1 – Dados gerais:

Esta importante fonte de divulgação das estatísticas judiciárias aponta que, no ano de 2015, o Poder Judiciário Estadual chegou ao cume de 59 (cinquenta e nove) milhões de processos em tramitação (casos destacados em vermelho no gráfico abaixo), sem contar aqueles que foram distribuídos no mesmo ano (casos destacados em verde no gráfico abaixo).

71 Código de Processo Civil: Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

72 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 61 a 65.

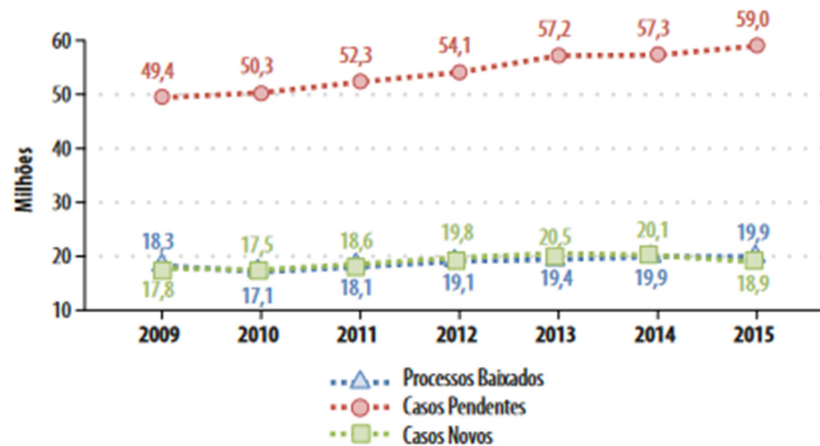
Gráfico 4.56 – Dados processuais na Justiça Estadual



Observa-se que, apesar do número de processos baixados⁷³ ser, quase sempre, equivalente ao de casos novos, o estoque de processos na Justiça Estadual continua aumentando desde o ano de 2009:

73 Destaca-se que, conforme o glossário da Resolução CNJ 76/2009, consideram-se baixados os processos: a) Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) Arquivados definitivamente; d) Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução.

Gráfico 4.18 – Série histórica da movimentação processual da Justiça Estadual



Dessa forma, mesmo que a Justiça Estadual ficasse paralisada, sem o ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores seriam necessários praticamente 3 (três) anos de trabalho para zerar o estoque.

5.2 – Taxa de congestionamento:

Para o presente estudo, o que mais impressiona é o fato de que, no final do mesmo ano de 2015, mais da metade dos processos pendentes de baixa - ou seja, 31,7 milhões dos 59 milhões de processos – tratavam de execução. Isto significa que os processos executivos *latu sensu* representavam não menos que 54% (cinquenta e quatro por cento) de todo o acervo judiciário.

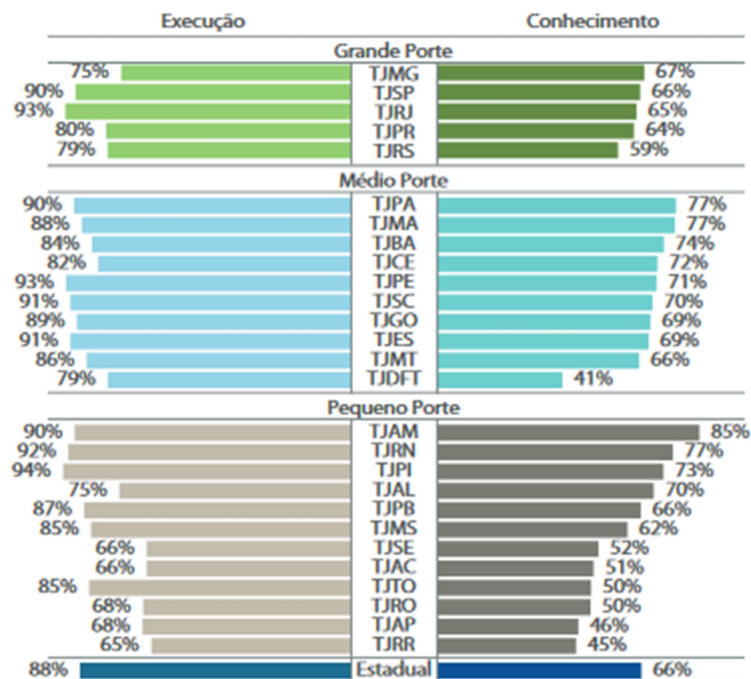
As dificuldades para se efetivar a tutela jurisdicional apontam para um problema grave, pois, na prática, de pouco adianta envidar esforços para solucionar rapidamente o mérito dos conflitos, se o Poder Judiciário não consegue entregar, de maneira efetiva, a tutela jurisdicional a quem faz jus.

O relatório aponta que, contradizendo o que seria esperado, a produtividade dos magistrados, na fase de execução é muito inferior, se comparada à fase de conhecimento, já que, na fase de conhecimento, cada magistrado baixa uma média de 1.365 processos ao ano, ao passo que, na fase de execução, essa média cai para apenas 460 processos.

O impacto na produtividade não pode ser atribuído à falta de operosidade dos juízes, até mesmo porque os atos decisórios praticados ao longo da fase de conhecimento são muito mais complexos do que os que são exigidos na fase de execução. A queda sensível na capacidade de concluir a prestação jurisdicional se deve, portanto, a outras questões como às dificuldades na localização e liquidação de ativos patrimoniais pelo Poder Judiciário, entre outros fatores de natureza mais administrativa do que jurisdicional propriamente dita.

No gráfico abaixo é possível observar que a taxa de congestionamento⁷⁴ na execução (88%) é 22 pontos percentuais maior que a taxa no conhecimento (66%), o que aumenta, substancialmente, a taxa de congestionamento total da Justiça Estadual:

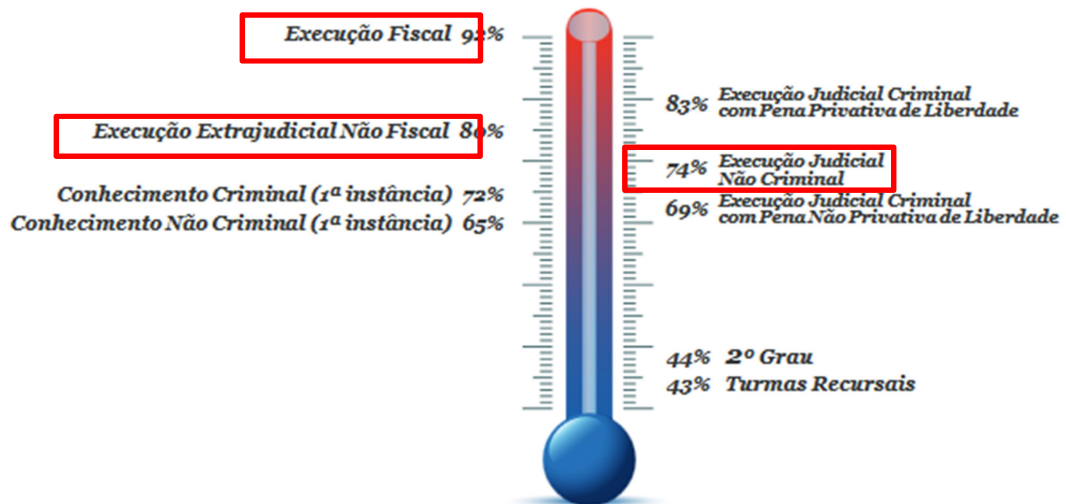
Gráfico 4.68 – Taxa de congestionamento no primeiro grau: execução x conhecimento



Aliás, dentro do quadro geral das execuções, o maior problema está nas execuções fiscais, que representam aproximadamente 79% do total de casos pendentes de execução e 42% do total de casos pendentes da justiça. Os processos desta classe apresentam, conforme o gráfico abaixo, alta taxa de congestionamento, 92%:

⁷⁴ Este indicador mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. É comum a analogia com uma caixa d'água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento.

Gráfico 4.57 – Termômetro da taxa de congestionamento



Neste ponto, observa-se que a Justiça Estadual, que julga a maioria dos conflitos entre indivíduos, vem se tornando, cada vez mais, uma justiça a serviço da cobrança da dívida dos entes públicos, o que impacta negativamente em seus serviços, evidentemente. É que o executivo fiscal chega a juízo justamente depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, levando à sua inscrição da dívida ativa.

Na verdade, até o ano de 2015, o processo judicial acabava por repetir etapas e providências - de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário - já adotadas pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional sem sucesso.

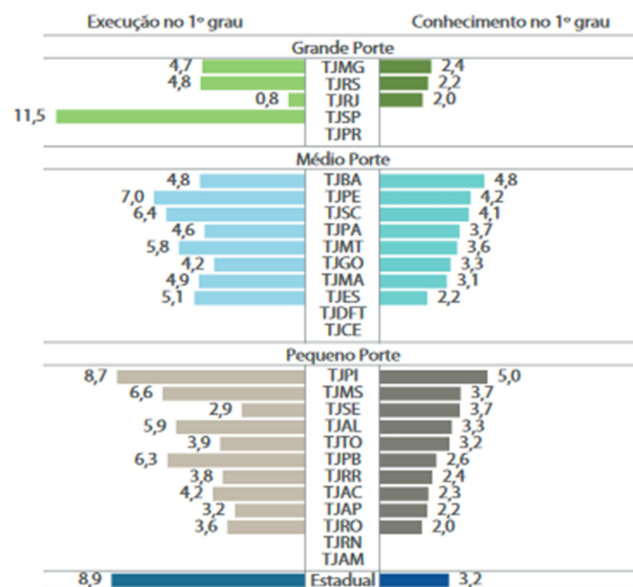
Neste sentido, visando diminuir as taxas de congestionamento da Justiça, o atual Código de Processo Civil deu um passo na direção da execução mais equilibrada, ao dotar os magistrados de mecanismos potencialmente mais ágeis e efetivos de satisfação da tutela com a menor onerosidade possível para o devedor, conforme autoriza a regra da atipicidade das medidas executivas, previstas no art. 139, IV do atual *Codex*, conforme se verificará em capítulo próprio deste trabalho.

5.3 – Tempo médio dos processos:

Com relação ao tempo médio de tramitação dos processos pendentes, verificada no ano-base de 2015, o *Relatório Justiça em Números*, mostrou que, apesar da fase de conhecimento ser muito mais complexa, posto que vinculada à certificação do direito, é a fase executiva, aquela que apenas efetiva o direito, que demanda maior tempo de tramitação, confirmando os percentuais relativos à taxa de congestionamento acima mencionada.

Conforme gráfico abaixo, em linhas gerais, a execução – seja de título judicial ou extrajudicial (8,9 anos) leva quase que o triplo de tempo que a fase de conhecimento (3,2 anos) para ser baixada.

Gráfico 4.74 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nas varas: execução x conhecimento



Isto é assim porque “a baixa do conhecimento é caracterizada, inclusive, pela entrada no processo na execução, ao passo que a baixa na execução somente ocorre quando de fato o jurisdicionado tem seu conflito solucionado perante a justiça”.

5.4 – Valor das despesas processuais:

Por fim, segundo o relatório, outro dado que merece destaque é o referente às despesas da Justiça Estadual. No ano-base de 2015, as despesas totais da Justiça Estadual somaram aproximadamente R\$ 44,7 bilhões de reais.

Essa despesa equivale a 0,8% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 5,6% dos gastos totais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 218,74 por habitante.

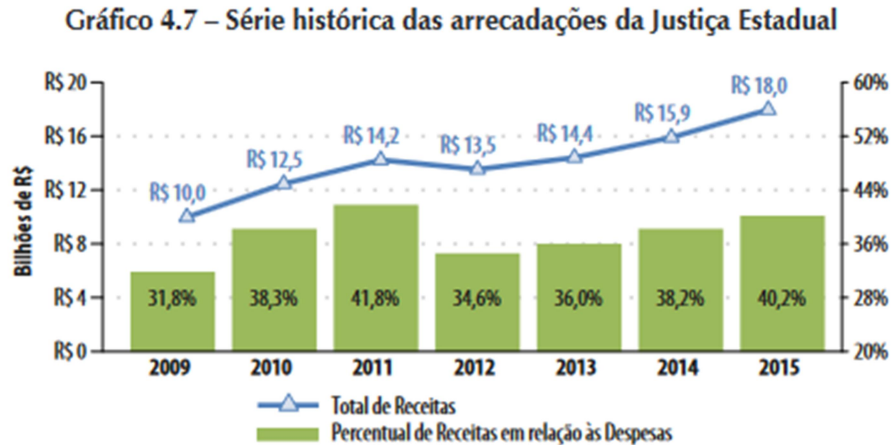
Este último indicador, conforme gráfico abaixo, aponta para um crescimento gradual dos custos com a justiça por habitante:



Por outro lado, a Justiça Estadual arrecadou aproximadamente R\$ 18 bilhões a título de custas, emolumentos, taxas, imposto, crédito em execução fiscal, o que representou um retorno da ordem de 40% das despesas efetuadas.

“Computam-se, nessa rubrica, os recolhimentos com custas, incluindo os referentes à fase de execução, aos emolumentos e às eventuais taxas (R\$ 8,7 bilhões, 48% da arrecadação), às receitas decorrentes do imposto causa mortis nos inventários/arrolamentos judiciais (R\$ 4,7 bilhões, 26% da arrecadação) e às receitas transferidas aos cofres públicos em decorrência da atividade de execução fiscal (R\$ 4,6 bilhões, 26% da arrecadação). Cabe esclarecer, todavia, que parte de tais arrecadações é realizada por atuação do Judiciário para uma finalidade de cobrança do Poder Executivo, como ocorre, por exemplo, nos processos de execução fiscal e nos impostos causa mortis, que podem, inclusive, ser recolhidos extrajudicialmente, em valores não computados neste relatório”.

Neste último gráfico, é possível observar que a arrecadação da Justiça Estadual em nenhum momento chegou a corresponder sequer 50% (cinquenta por cento) dos seus gastos:



5.5 – Conclusões:

Em linhas gerais, analisando o *Relatório Justiça em Números* elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, relativo ao ano-base de 2015, conclui-se que um dos grandes fatores que levaram à atual crise do Poder Judiciário foi o congestionamento dos processos executivos *latu sensu*. O relatório apontou que os processos executivos representavam aproximadamente 31 (trinta e um) milhões de processos, equivalente a 54% (cinquenta e quatro por cento), de todo o acervo pendente de baixa na Justiça Estadual. No mesmo ano, o Poder Judiciário Estadual custou para o Brasil a quantia de R\$ 44,7 bilhões de reais, o equivalente a R\$ 218,74 (duzentos e dezoito reais e setenta e quatro centavos) por habitante.

Não obstante a baixa complexidade das demandas executivas, se comparadas às ações de conhecimento, existe o malsinado problema de localização e liquidação de ativos patrimoniais do devedor pelo Poder Judiciário, que faz a execução durar até três vezes mais que os processos de conhecimento. Nas execuções fiscais, por exemplo, que representam 42% (quarenta e dois por cento) do total de casos pendentes na Justiça Estadual, os juízes se limitavam a reproduzir os mesmos atos que a Administração Pública já havia tentado, sem sucesso, contra o contribuinte inadimplente, sem inovar na metodologia empregada.

Até o ano de 2015 (ano de elaboração do Relatório pelo Conselho Nacional de Justiça e da vigência do atual Código de Processo Civil), conforme já visto neste trabalho, o Processo

Civil brasileiro ainda não abraçava, de maneira incondicional, as formas atípicas de execução, reservando o assunto apenas para as situações excepcionais que envolviam tutelas específicas. Antes da vigência da atual codificação processual, na grande maioria dos casos, restava aos juízes apenas os métodos previsíveis de execução por sub-rogação, que, claro, facilitavam a fraude aos credores e à própria execução, bem como o “emperramento” do processo que dificilmente seria ultrapassado.

A crise no judiciário ora exposta, também impulsionou as reformas que foram introduzidas no atual Código de Processo Civil como, por exemplo, a genuína ampliação dos deveres-poderes dos magistrados para a entrega efetiva da tutela jurisdicional, independentemente do tipo de prestação. Por meio da possibilidade de utilização de outras medidas, além das sub-rogorias, como as indutivas, coercitivas, mandamentais, o juiz pode assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, como mecanismo necessário ao descongestionamento do Poder Judiciário.

Capítulo 6 – Crises jurídico-comportamentais

Grosso modo, segundo a teoria ternária das tutelas, existiriam apenas três tipos de crise jurídica, a saber: i) crise de *certeza* (tutelada por ação meramente declaratória, ex: investigação de paternidade e usucapião); ii) crise de *situação jurídica* (tutelável por ação constitutiva, ex: divórcio e revisão contratual); e iii) crise de *inadimplemento* (tutelável por ação condenatória ex: ação condenatória de obrigações de fazer, não fazer, entregar ou pagar). Para essa teoria, as tutelas executivas estariam divididas em duas espécies: as tutelas executivas em sentido estrito e as mandamentais, ambas inseridas na crise do inadimplemento, tuteláveis por ação condenatória. A diferença entre elas se daria no fato de que a efetivação das primeiras ocorreria por meio de ação de execução autônoma, já a efetivação das segundas por uma etapa de satisfação de sentença, mas nunca por um processo de conhecimento tradicional.

“Sempre que não houver o cumprimento espontâneo da obrigação ou do dever legal nascido de uma relação jurídica entre dois sujeitos, ou quando não houver cooperação (positiva ou negativa) de um sujeito decorrente de uma sujeição a um respectivo direito potestativo, nascerá, nesses dois casos, para o titular do sujeito ativo, um direito à obtenção da satisfação, *in concreto*, do direito que ele possui. Para essa modalidade de conflitos de interesses, à qual se dá o nome de “crise de adimplemento”, o ordenamento jurídico oferece como métodos adequados para debelar a crise as seguintes ferramentas processuais: uma etapa ou fase ou módulo

processual executivo (que o CPC denomina de *cumprimento de sentença*) e um processo de execução autônomo; um procedimento especializado (típico ou atípico), cujas peculiaridades levam em consideração o tipo de direito exequendo; e provimentos executivos instrumentais e finais que visam alcançar o resultado pretendido (medidas de coerção ou sub-rogação), também típicas ou atípicas, que são impostos contra o executado mesmo contra a sua vontade”⁷⁵.

Nunca é demais ressaltar que o direito fundamental à tutela jurisdicional somente será exercido se a tutela prestada for plenamente eficaz, caso contrário, na prática, a sua ineficácia equivaleria à sua não concessão e, levado ao extremo, à retomada de um Estado de exceção não garantista, já que os direitos, como se disse há pouco, só podem ser efetivados *pele e no* processo. Este processo, aliás, deve prever técnicas processuais distintas para se efetivar e assegurar as diferentes situações de direito substancial, de forma que quanto maior a especificidade do procedimento maior seja a solução dada à crise jurídica levada ao Poder Judiciário.

“Ora, situações de urgência exigem um tratamento diferenciado em relação às situações não urgentes. O mesmo se diga da tutela processual relativa a direito de família, que implica o uso de técnicas processuais diversas das que são utilizadas para a tutela de direitos patrimoniais. O mesmo tratamento diferenciado existe quando se está diante de tutela de uma pretensão obrigacional e duma pretensão real, e assim sucessivamente”⁷⁶.

Foi, inclusive, para se evitar a instauração do que a doutrina modernamente denominou de *Estado de Coisas Inconstitucional*, que foram criadas as tutelas cautelares inominadas e as tutelas antecipadas, como tutelas diferenciadas das demais, visando justamente a preservação do resultado útil de uma crise jurídica também diferenciada – em razão da urgência e do risco de perecimento - , evidenciando que o direito de ação só pode ser exercido através de um procedimento que contenha, repita-se, técnicas processuais adequadas.

Feita esta introdução, necessário observar que as tutelas concedidas no âmbito das ações declaratórias e constitutivas possuem, em termos gerais, eficácia imediata, pelo menos no que concerne aos atos decisórios, posto que o seu ciclo se concretiza ao término da fase de conhecimento. Ou seja, “*a simples revelação da norma jurídica concreta é, por si só, suficiente para debelar a crise de certeza e situação jurídica*”⁷⁷, dispensando qualquer

75 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.. 223.

76 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 44.

77 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 44.

comportamento posterior por parte do Estado ou do vencido para se efetivarem. A rigor, essas decisões somente terão eficácia após o trânsito em julgado das respectivas decisões, estando condicionadas a termo suspensivo, conforme leciona o professor Fredie Didier Junior:

“É dizer: a *certeza jurídica* estabelecida na decisão declaratória e a *situação jurídica nova* certificada e efetivada na decisão constitutiva sujeitam-se a um termo suspensivo, que é o trânsito em julgado da decisão. Só a partir daí há *certeza* ou há *situação jurídica nova*; até lá, há *incerteza* ou há *situação jurídica velha*”⁷⁸.

Por esta razão, o presente trabalho se voltará mais a análise das tutelas condenatórias, especialmente as executivas em sentido estrito e as mandamentais, por serem as que dependem de realização fática da norma jurídica declarada, ou *la legge ai fatti* (do direito ao fato), recebendo, pois, os maiores influxos do disposto no art. 139, IV e 536, §1º do Código de Processo Civil.

Capítulo 7 – Modelo de Processo Civil Constitucional

Antes de individualizar cada uma dessas regras que são aplicáveis a toda e qualquer execução, cabe ressaltar que se optou, neste trabalho, pelo modelo de *processo civil constitucional*, pelo qual toda metodologia a ser observada pelo interprete e aplicador do direito é extraída da própria Constituição Federal ou dela, ao menos, é derivada. Quer-se com isto dizer que todo o processo civil é estruturado por meio das normas constitucionais (tanto das regras quanto dos princípios), como se pode notar dos capítulos da Carta Política atinentes aos “princípios constitucionais do direito processual civil”, a “organização judiciária”, as “funções essenciais à Justiça” e aos “procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados”.

Segundo o Professor Cassio Scarpinella, a Constituição Federal, em seu art. 5º, prescreve o *mínimo essencial* de direitos e garantias processuais que por si só já bastaria para estruturar todo o processo civil e que, por ter aplicabilidade imediata, dispensaria, inclusive, outras leis e códigos para que fosse observado⁷⁹. É neste sentido que, ratificando este entendimento, o art.

78 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Decisões declaratórias e constitutivas não têm eficácia imediata. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-27/fredie-didier-jr-decisao-declaratoria-nao-eficacia-imediata>>. Acesso em 09/08/2017 às 11:13.

79 “Se não houvesse lei processual civil nenhuma, o mínimo essencial a ser observado na construção de tais leis e, mais genericamente, de um Código de Processo Civil, qualquer que fosse ele, em terras brasileiras ao menos, deveria ser extraído diretamente da CF. A afirmação é tanto mais pertinente por causa de uma peculiaridade do nosso direito: o § 1º do art. 5º da CF dispensa a necessidade de qualquer lei para que todos os direitos e

1º da novel codificação processual dispõe que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Seguindo esse raciocínio, percebe-se que a ideia central do legislador de 2015 foi a de adequar a atuação do Estado aos valores preconcebidos pela sociedade e que se encontram positivados na Constituição Federal. Especificamente sobre o “princípio” constitucional do devido processo legal, diz a doutrina:

“Trata-se de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-Juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria CF impõe à atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta. É um princípio, destarte, de *conformação* da atuação do Estado a um especial (e preconcebido) modelo de agir”⁸⁰.

Justamente pela importância que as normas constitucionais assumem, orientando todo o ordenamento jurídico pátrio, é que se faz necessário analisar as regras aplicáveis à execução civil sob o viés constitucional, para delas se extrair o correto sentido e alcance do disposto no art. 139, IV do Código de Processo Civil.

7.1 – Regra da responsabilidade patrimonial

Houve uma época em que as crises de inadimplemento eram resolvidas com a própria vida do devedor. O direito evoluiu, substituindo-se, não obstante algumas reservas doutrinárias⁸¹, a

garantias, explícitos ou implícitos, nele previstos – e a maioria dos princípios aqui referidos são extraídos daquele dispositivo – sejam observados.” – BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 44.

80 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

81 “O ordenamento jurídico deveria excogitar soluções que pudessem tornar mais frutíferas as execuções, já que num país pobre como o Brasil, em que a existência de patrimônio do devedor é algo raro, parece-nos claro que o índice de insucesso das execuções civis é muito grande. Uma solução, que na prática do dia a dia e nas relações obrigacionais é muito comum, mas que poderia consistir em óbice em razão da interpretação de que toda execução recai sobre o patrimônio do devedor, seria a permissão da conversão da obrigação pecuniária em obrigação de fazer ou não fazer. São inúmeros exemplos e casos no dia a dia em que determinada pessoa (imagine um engenheiro, um fotógrafo, um pedreiro, um marceneiro etc.) não possua patrimônio algum, mas seja compelida a pagar uma dívida em dinheiro por ele assumida. Por que não se permitir ao credor que, por opção sua, ou ante o insucesso da execução civil (inexistência de bens a penhorar, conforme os arts. 921 e 924), não possa requerer um resultado prático equivalente ao adimplemento mediante a prestação de serviços do devedor que sejam compatíveis com o trabalho que ele exerce. Não se trata de cerceamento da liberdade do

execução pessoal pela execução patrimonial, conforme se observa do disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Pela regra da patrimonialidade, portanto, a execução será sempre real e nunca pessoal, ou seja, apenas os bens daquele que foi, pelo juiz, declarado devedor (ou do seu garantidor) serão destinados a satisfazer o direito do credor.

A doutrina alemã, tendo como expoente Gierke, distinguiu duas situações atreladas aos direitos obrigacionais – sejam eles decorrentes de uma relação negocial ou do cometimento de um ato ilícito -: o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*haftung*) “o débito representado pelo dever de prestar; a responsabilidade, na sujeitabilidade do patrimônio do responsável pelo inadimplemento⁸²”. Conforme clássico ensinamento de Dinamarco deve-se distinguir a obrigação (existente no mundo do ser) da responsabilidade (existente no mundo do dever ser). Para o ilustre professor, a obrigação seria algo *estático* e geraria mera expectativa de satisfação, enquanto que a responsabilidade seria algo *dinâmico* e geraria, pela via judicial, a efetiva satisfação do direito⁸³.

As expectativas de direito criadas em razão de uma relação obrigacional estão amparadas por uma *restrição geral*, prevista tanto na lei material quanto processual, de que, para o caso de existir uma crise de inadimplemento, haverá responsabilidade patrimonial. Em outras palavras, os bens do devedor assumirão uma posição jurídica de sujeição perante o credor que passará a ter o direito potestativo de, *pelo* e *no* processo, satisfazer sua pretensão por meio do patrimônio do devedor. Logo, percebe-se que a responsabilidade patrimonial representa, a um só tempo, limite e garantia de existência dos direitos obrigacionais.

devedor, ou qualquer resquício de responsabilidade pessoal, mas apenas uma maneira de ressarcir o prejuízo sofrido pelo credor, usando como forma de adimplemento algum tipo de prestação de fazer vinculada à sua atividade profissional. No dia a dia das pessoas isso é muito comum (pagamento de dívidas com prestação de serviços vinculada a atividade profissional), é simples, e evita que um devedor que não tem patrimônio seja taxado de mau pagador, quase um ladrão, como já fez a ressalva Carnelutti em seu *Sistema*.” – ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 116.

82 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 120.

83 “A distinção é interessante e ganha importância sempre que existe dívida e não responsabilidade e vice – versa. Tome-se como exemplo a dívida de jogo, situação em que existe a dívida, mas o patrimônio do devedor não responde por sua satisfação. É certo que existe dívida, tanto que se houve quitação voluntária não caberá ação de repetição de indébito, mas não haverá responsabilidade patrimonial do devedor derivada do inadimplemento. Por outro lado, por exemplo, em determinadas situações expressamente previstas em lei, o sócio pode ter seu patrimônio afetado por uma dívida da sociedade, justamente por ter responsabilidade patrimonial, mesmo que o devedor seja outrem (no caso a sociedade).” – NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1132.

Esse direito potestativo só pode ser concretizado, como todo e qualquer direito, por meio do Poder Judiciário. Assim, em regra, é possível ao credor exercer o direito de ação tanto para satisfazer a prestação quanto para apenas proteger o patrimônio do devedor, antes mesmo de haver a crise do inadimplemento, ou seja, quando houver apenas lesão ou ameaça.

“Isso mesmo, por ser um direito autônomo, ainda que instrumental porque serve de garantia ao inadimplemento, ele pode ser tutelado judicialmente, tal como acontece com a ação preventiva proposta pelo credor contra o devedor/responsável, impedindo que ele dilapide o patrimônio, antes mesmo de o inadimplemento acontecer”⁸⁴.

Uma grande discussão que envolve os teóricos “privatistas” e os “processualistas” é saber o exato momento de surgimento deste estado de sujeição patrimonial. Se seria concomitante ao surgimento da relação obrigacional ou se derivaria de uma relação pública-processual, envolvendo o Estado-juiz, no curso de uma tutela executiva. Como já exposto em capítulo próprio, neste trabalho entende-se que todo e qualquer direito só existe por intermédio da força estatal e, para este caso, o limite imposto aos direitos prestacionais é intrínseco a todas as expectativas de direito criadas pelo devedor e pelo credor, ou seja, o estado de sujeição patrimonial seria uma limitação intrínseca ao próprio direito obrigacional.

No caso de uma compra e venda, por exemplo, o credor tem a expectativa de receber a coisa e o dever de pagar por ela, ao passo que o devedor tem o dever de entregar a coisa e a expectativa de receber o valor a ela correspondente. Toda esta esperança está amparada pela certeza de que, caso qualquer das partes frustrar a obrigação, ou não a cumpra voluntariamente, haverá a incidência da responsabilidade patrimonial. Quer-se com isto dizer que a responsabilidade patrimonial “*nasce junto com qualquer obrigação, mas apenas incide quando acontece o seguinte fato jurídico: inadimplemento*”⁸⁵.

Vê-se que a responsabilidade sobre o patrimônio do devedor decorre de uma situação ocorrida no direito material, a saber, no próprio direito à prestação, seja ela de qualquer modalidade (dar, fazer, não fazer e entregar coisa), neste sentido, conformando o comando constitucional, é a previsão dos arts. 391 do Código Civil e 789 da lei processual:

84 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 114.

85 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 121,

Art. 391 - Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor

Art. 789 - O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

7.2 – Regra do desfecho único (ou da primazia da tutela específica ou regra da maior coincidência possível ou, ainda, regra do resultado)

Conforme já explanado neste trabalho, sob a influência dos ideários de um Estado Liberal, a intervenção na propriedade era vista como menos invasiva que a intervenção na vontade das pessoas, razão pela qual prevaleceram até a primeira metade do século XX as técnicas de execução direta, pelas quais o Estado se sub-rogava na condição de devedor, para satisfazer a prestação por meio da sua conversão em perdas e danos, ao invés de pressionar o devedor a cumprir de modo voluntário a prestação específica.

“Isso se dava basicamente porque o ordenamento jurídico do fim do século XIX e da primeira metade do século XX era amplamente influenciado pelo pensamento do chamado Estado liberal, que partia de duas premissas: (a) a de que não se podia obrigar ninguém a fazer o que não quer, preservando-se ao máximo a liberdade do indivíduo (era a chamada incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, *nemo praecise potest cogi ad factum*) e (b) a de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro”⁸⁶.

Neste sentido, as obrigações que tinham por objeto prestações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro eram todas conversíveis em dinheiro, a critério do devedor que detinha a faculdade de cumprir a obrigação específica ou pagar por seu descumprimento, como se pudesse comprar o seu dever. A grande exceção que se impunha a esse modelo era justamente aquela instituída pelo Decreto-lei nº 58 de 1937 que previa o direito real de aquisição. Por meio desse Decreto-lei, o promitente vendedor de bem imóvel estava obrigado à prestação de fazer, consistente na entrega definitiva da propriedade ao promitente comprador, após o recebimento integral do valor acordado, sob pena de adjudicação compulsória⁸⁷.

A intangibilidade da vontade humana cedeu ante aos novos e crescentes direitos que emergiam de uma sociedade complexa e plural que almejava por direitos da personalidade,

86 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.72.

87 Art. 16 do Decreto-lei nº 58 de 1937: “Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo”.

difusos, coletivos, transindividuais e, por assim dizer, não conversíveis em dinheiro⁸⁸. Já na década de 90, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), instituiu-se definitivamente o novo paradigma da tutela específica das obrigações em detrimento da intangibilidade da vontade humana, em razão da natureza obrigacional.

A transição terminou apenas nos idos de 1994, quando a reforma da legislação processual alterou mais de cem artigos do Código de Processo Civil de 1973, consagrando definitivamente a regra da primazia da tutela específica das obrigações, sejam elas de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. Buscou-se, por meio por meio dessa nova regra, a máxima aproximação dos efeitos de um possível cumprimento espontâneo de uma obrigação àquele que se daria se houvesse a necessidade de utilização da força Estatal⁸⁹.

A atual codificação processual abraçou essas transformações, conforme se pode observar dos arts. 497, 499 e 538, §3º:

Art. 497 - Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 499 - A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 538 - Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

(...)

§3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

88 “(...) a tese padecia de outro problema: autorizava, simplesmente, o descumprimento contratual, privilegiando a parte mais forte da relação, apta que estaria a arcar com perdas e danos existentes - se existentes, pois danos materiais não se presumem” – DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.73.

89 Neste sentido: “Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre tutela específica - ou tutela pelo resultado prático equivalente - em detrimento da tutela pelo equivalente monetário” – MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 157.

Deste modo, é possível dizer que a regra da primazia da tutela específica representa uma exceção à regra da patrimonialidade, já que, com relação às obrigações específicas – de entrega de coisa precisa, fazer ou não fazer algo –, a garantia patrimonial somente incidirá se não for possível o cumprimento da obrigação específica⁹⁰. Assim, apenas no caso da impossibilidade de cumprir com tal obrigação, como, por exemplo, a sequela, quando envolver direito real, haverá a substituição da obrigação pela prestação pecuniária que será realizada mediante atuação direta do Poder Judiciário.

Atualmente, pois, seguindo a orientação dos postulados constitucionais da efetividade e do devido processo legal, a antiga tutela pelo equivalente em dinheiro (ou a máxima da intangibilidade da vontade humana) não é mais vista de modo absoluto, só podendo se dar de forma excepcional. Isto é: a obrigação somente será convertida em pecúnia nos casos em que não for possível a concessão da tutela específica e nem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente ao do adimplemento, seja pela impossibilidade do cumprimento da prestação na forma específica, seja porque ao credor não mais interessa o recebimento da prestação original.

A doutrina, em conclusão, indica haver uma ordem a ser seguida pelos magistrados ao prestar a tutela executiva de obrigação específica, a saber:

“(a) deve-se priorizar a tutela específica (art 497, *caput*, primeira parte, CPC); (b) se não for possível a tutela específica ou se assim recomendar o postulado da proporcionalidade, deve-se tentar alcançar um resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 497, *caput*, segunda parte, CPC); (c) a requerimento do credor, ou sendo impossível deferir a tutela específica ou o resultado prático equivalente, deve-se converter a prestação de fato numa indenização (art. 499, CPC)”⁹¹.

Por fim, no que diz respeito às obrigações de pagar quantia certa, é facultado ao credor o recebimento do dinheiro ou o da coisa penhorada, a seu critério e interesse.

90 “Entretanto, é curioso notar que, mesmo diante de uma pretensão de natureza real, não está presente, *a priori*, a hipótese de responsabilidade patrimonial, ainda assim pode o legislador, por ficção jurídica, a ela atribuir efeitos que sejam típicos, mas não exclusivos, da responsabilidade patrimonial, como, por exemplo, considerar ser fraude a execução não apenas os casos em que se esteja diante de um inadimplemento numa relação jurídica obrigacional.” – ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 124.

91 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.76.

7.3 – Regra da menor onerosidade:

O art. 805 do Código de Processo Civil consagra a regra da execução menos onerosa ao executado, ao dispor que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Tal dispositivo visa, evidentemente, proteger o devedor contra eventual abuso de direito por parte do credor e, inclusive, eventual excesso de poder por parte do Poder Público.

Trata-se de cláusula geral que serve para inspirar o órgão julgador no momento de escolher as técnicas executivas mais adequadas para a satisfação da tutela jurisdicional. Isto se dá porque, se para efetivar a tutela o executado sofrerá necessariamente um gravame, que este possa ser o menos penoso possível, posto não se tratar de vingança pessoal.

Não é por outra razão, senão a proteção do executado, que a lei processual – art. 891 do Código de Processo Civil –, por exemplo, proíba a alienação de bem expropriado em execução, cujo valor do lance oferecido for considerado vil. Do mesmo modo, as regras de impenhorabilidade – art. 833 do Código de Processo Civil -, mostram exatamente a intenção do legislador de criar freios à busca desmensurada pela satisfação do exequente, mantendo-se, assim, um patrimônio mínimo e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Tal regra – da execução menos onerosa ao executado –, todavia, deve ser interpretada à luz do direito fundamental à tutela efetiva, sem a qual o processo (e porque não dizer a própria função jurisdicional?) perderia a razão de ser. Neste sentido, a corte especial do C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.337.790/PR, firmou precedente importante no sentido de não existir prevalência da regra da menor onerosidade sobre a da efetividade.

Assim, a norma a ser aplicada a toda execução, a princípio, é a da efetividade da tutela jurisdicional que somente poderá ser afastada quando as circunstâncias fáticas do caso concreto assim justificarem. Ou seja, somente com a apresentação de elementos concretos, será possível a modificação, por exemplo, da ordem legal de bens penhoráveis⁹² ou de certa

92 art. 835 do Código de Processo Civil: “A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III - títulos e valores mobiliários com

medida coercitiva atípica requerida pelo credor ou concedida de ofício pelo Juiz. Não se pode olvidar que a execução é instaurada em benefício do exequente e que de alguma forma a ele o devedor deve se sujeitar.

Diante desta realidade, o parágrafo único do art. 805 do Código de Processo Civil prevê que cabe ao executado que alegar ser a medida pretendida pelo exequente a mais gravosa indicar meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. “A intenção do dispositivo é terminar com a alegação vã e genérica do executado que se escorava indevidamente no revogado art. 622 do CPC de 1973⁹³.”

Segundo pondera Daniel Amorim Assumpção Neves, não há dúvida no caso de o outro meio a ser indicado pelo executado ser, além de menos oneroso, mais eficaz, pois, nesta hipótese, o regramento determina que haja a substituição da técnica processual. Todavia, se o meio indicado for menos oneroso e também menos eficaz, o juiz, conclui o doutrinador, somente poderá substituir a ferramenta executiva caso “proporcionalmente perca-se pouco em termos de efetividade e ganhe-se muito em termos de menor onerosidade”:

“Parece até mesmo intuitivo que se o executado indicar um meio menos gravoso e tão eficaz quanto aquele pedido pelo exequente e/ou determinado pelo juízo será caso de substituição do meio executivo. Mantendo-se a eficácia é óbvio que se prestigia o meio menos oneroso. Por outro lado, não parece correto descartar em absoluto a substituição do meio executivo mesmo quando aquele que se mostra menos oneroso for menos eficaz. Tudo dependerá de quanto menos oneroso e quanto menos efetivo é o meio indicado pelo executado.

(...)

Conclusivamente, defendo que, apensar da redação do art. 805 do Novo CPC em seu parágrafo único, cabe ao juiz aplicar as regras da razoabilidade e proporcionalidade na análise da substituição do meio executivo, sendo possível que mesmo menos eficaz seja admitido um meio menos oneroso. Basta que proporcionalmente perca-se pouco em termos de efetividade e ganhe-se muito em termos de menor onerosidade”⁹⁴.

cotação em mercado; IV - veículos de via terrestre; V - bens imóveis; VI - bens móveis em geral; VII - semoventes; VIII - navios e aeronaves; IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X - percentual do faturamento de empresa devedora; XI - pedras e metais preciosos; XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII - outros direitos. § 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

93 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 99.

94 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1069/1070.

7.4 – Regra da atipicidade dos meios executivos

Como se viu, ao longo deste trabalho, o direito processual evoluiu nas últimas décadas para que a atividade jurisdicional pudesse ter maior eficácia social, conferindo ao jurisdicionado não só o reconhecimento de seu direito, mas também a entrega efetiva da tutela concedida. Revisitando todas as questões que surgiram desde o pós-guerra, inclusive, o surgimento de uma sociedade complexa e plural, a novel codificação processual, abraçando a tendência que já se podia observar no Brasil desde os idos dos anos 90, conferiu aos magistrados, nos seus arts. 139, IV e 536,§1º, o *poder geral de efetivação*.

Tais dispositivos representam verdadeiras cláusulas-gerais que conferem aos magistrados maior liberdade na escolha dos meios executivos necessários à satisfação de qualquer tipo de prestação, inclusive as pecuniárias, reconhecida em decisão judicial. Estruturou-se um modelo em que as técnicas satisfativas não estão necessariamente tipificadas, podendo ser instituídas de acordo com as exigências do caso concreto e da criatividade dos juízes e advogados.

É evidente que os meios executivos não podem configurar um ilícito civil ou penal, mas a colocação é importante ante algumas decisões que excederam nas restrições impostas aos executados, acabando por violar direitos, em busca de maior utilidade do processo. Para ilustrar, um exemplo emblemático, ocorrido no ano de 2016, foi a decisão proferida nos autos do processo nº 2016.01.3.011286-6, na qual juiz do Distrito Federal determinou, para efetivar sua decisão, que determinava a desocupação de uma escola, o uso da técnica de privação do sono dos ocupante, com o uso de “instrumentos sonoros contínuos”, além de determinar o corte do fornecimento de água, energia e gás. A privação do sono e a restrição de acesso à água são técnicas de tortura (crime inafiançável), segundo o Protocolo de Istambul, razão pela qual jamais poderiam ser utilizadas como técnica jurídica, sob pena de se institucionalizar condutas que o Direito Penal seletivamente tipificou como crime.

Ademais, segundo ensinamentos do professor Fredie Didier, a regra da atipicidade das medidas executivas pode ser aplicada a toda e qualquer tipo de tutela: a) para as tutelas executivas fundadas em título executivo judicial ou extrajudicial⁹⁵ (Art.771); b) para as tutelas

95 “Tratando-se de títulos extrajudiciais para execução específica, acredita-se que, embora sem previsão expressa, também se impõe o referido princípio pela simples aplicação subsidiária das regras do Livro I ao Livro

concedidas para efetivar prestação pecuniária⁹⁶, prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro (Arts. 536, §1º, 538, §3º), c) para tutelas concedidas em caráter provisório (Art. 297) ou definitivo; e d) para tutelas cautelares ou antecipatórias⁹⁷.

Justamente por conta de sua abrangência e alcance é que essas cláusulas-gerais de efetivação merecem a atenção. É que, neste cenário, no qual inexistem regras procedimentais estanques, há uma constante preocupação em municiar os juízes de instrumentos capazes de garantir que uma tutela específica ou, ao menos, que o resultado prático a ela equivalente sejam efetivamente obtidos, sem que isto represente uma porta de entrada ao despotismo e à arbitrariedade jurisdicional.

Evidentemente que, em um modelo de Estado Constitucional de Direito, o sistema atípico de técnicas executivas deve respeitar as balizas dos postulados do devido processo legal e da efetividade, bem como as regras executivas deles decorrentes, como se viu no capítulo oitavo deste trabalho. Mas, até onde se pode ir? Como se deve estruturar o emprego das técnicas executivas atípicas de modo que a escolha da técnica mais adequada possa ser controlável? Para responder a estas perguntas, a doutrina já aponta para algumas diretrizes metodológicas, como se verificará adiante.

II da parte especial do CPC naquilo que não for incompatível com o tema (art. 771). Tal interpretação parece ser a mais justa e evitará, por exemplo, que a tutela executiva de uma liminar (título judicial provisório) seja mais efetiva que a realizada em um título executivo extrajudicial (definitivo), o que seria uma incongruência” – ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98.

96 Em sentido contrário: “embora a lei atual preveja vários instrumentos indutivos e sub-rogoratórios para a proteção das pretensões de fazer, não fazer e entregar coisa, gerando um sistema “aberto” de tutela desses interesses, para as prestações pecuniárias permanece, ao menos quando se examina apenas as regras específicas, arroladas entre os arts. 513 e ss., do CPC/2015, o esquema clássico de autorizar, quase que exclusivamente, a sub-rogação patrimonial da dívida, com a previsão de uma única modalidade executiva.” – MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel MITIDIERO. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v.2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 583.

97 Neste sentido: “(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogoratórias 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”. – Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

7.4.1 – Regra da atipicidade x regra da congruência

O juiz pode determinar medidas atípicas tanto a pedido da parte interessada quanto de ofício a seu critério⁹⁸, ressalvadas as hipóteses em que a lei expressamente exige requerimento da parte⁹⁹ ou que haja negócio jurídico processual, restringindo o uso de determinada medida atípica.

Além disto, com base no *caput* do art. 497 do Código de Processo Civil, o juiz não está adstrito ao pedido relativo à medida executiva atípica formulado pela parte, podendo reforçar, atenuar ou substituir a medida imposta, para dar cumprimento ao comando decisório.

“Como consequência disso, o juiz pode impor medida coercitiva mesmo quando a parte tenha pleiteado imposição de medida executiva direta, ou pode impor medida sub-rogatória quando a parte tenha pleiteado medida coercitiva, ou ainda pode prometer uma recompensa ao executado quando a parte queria fosse ele coagido ao cumprimento. Esse poder, no entanto, não existe quando a parte expressamente abra mão de determinada medida executiva (...)”¹⁰⁰.

Trata-se de verdadeira mitigação à regra da congruência objetiva (art. 141 e 492 do Código de Processo Civil) posto que i) se as medidas de apoio se mostrarem insuficientes, o juiz - de ofício ou a requerimento - poderá reforçá-las ou substituí-las e ii) se as medidas de apoio se mostrarem excessivas, o juiz - de ofício ou a requerimento - poderá atenuá-las ou substituí-las para o alcance do resultado específico ou do equivalente ao adimplemento.

Neste sentido, apesar do art. 537, §1º do Código de Processo Civil prever unicamente a possibilidade de alteração do valor da multa ou da sua periodicidade, a interpretação mais adequada seria aquela que estende esse dispositivo para alcançar toda e qualquer medida executiva que necessite de ajustes, seja ela direta ou indireta.

98 Neste sentido: “(art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º”. Enunciado 396 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

99 Neste sentido, exige-se o requerimento da parte interessada, nos seguintes exemplos: i) prisão do devedor de alimentos (Art. 538, *caput*, CPC); ii) penhora *on line* (art. 854, *caput*, CPC); iii) inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, §3º, CPC); e iv) a constituição de capital na execução de alimentos indenizativos (art. 533, *caput*, CPC).

100 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p. 119.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

“Pensar que, uma vez imposta a medida, ela seria inalterável, mesmo quando se mostrasse ineficaz, é esquecer o objetivo final desse dispositivo, que consiste em garantir o direito fundamental à tutela executiva”¹⁰¹. É evidente que tais alterações não consubstanciam ofensa à coisa julgada ou exceção à imutabilidade das decisões. É que ao condenar a parte a uma prestação, o juiz fica autorizado a tomar todas as medidas necessárias para sua efetivação, em razão dos postulados do devido processo legal e da efetividade. Neste sentido:

“A alteração das medidas de efetivação não implica alteração da norma jurídica individualizada contida no comando decisório. Não se pode alterar, por exemplo, o fazer ou não fazer impostos, mas nada impede que se alterem as medidas de apoio à sua efetivação”¹⁰².

Portanto é possível, após debate entre as partes sobre a conveniência da mudança e mediante decisão devidamente fundamentada, alterar a medida executiva imposta, substituindo uma medida indireta por uma sub-rogatória e vice-versa, bem como uma indireta por outra indireta ou, ainda, uma sub-rogatória por outra sub-rogatória. É possível também a cumulação de tais medidas, sejam elas sub-rogatórias ou indiretas.

A doutrina faz apenas uma ressalva ao indicar que o juiz não poderá aplicar uma medida de efetivação típica – que possui regulamento próprio, como a busca e apreensão e o arrombamento¹⁰³ – com procedimento diferente daquele previsto em lei.

101 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p. 120.

102 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.101. p. 121.

103 O art. 536, §2º do Código de Processo Civil determina que a busca e apreensão será efetivada por dois oficiais de justiça; o art. 846, por sua vez, disciplina o modo de proceder ao arrombamento de portas e armários.

7.4.2 – Regra da atipicidade x prestações de pagar quantia

Não há dúvidas de que a execução para efetivação de prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de direito é, como regra, atípica, uma vez que, desde a reforma que introduziu o art. 461 ao antigo Código de Processo Civil (Lei nº 8.952 de 1994), é permitido ao juiz determinar todas as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da tutela específica. Essa regra foi expressamente reproduzida nos arts. 497, 499 e 538, §3º do atual Código Processual, conforme se viu no capítulo relativo à regra do desfecho único.

Aliás, admitindo o entendimento de não compor as medidas executivas um rol exaustivo, o Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento consolidado pela admissão de bloqueio de verbas públicas para efetivar a execução de uma ordem de fornecimento de medicamento, considerando que a proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade humana prevalece sobre os princípios de direito financeiro e administrativo¹⁰⁴.

O problema reside na possibilidade de aplicação da regra da atipicidade na execução por quantia. Isto porque, não obstante a cláusula-geral de efetivação (art.139, IV) permitir a utilização das medidas atípicas nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, fato é que a novel codificação pormenorizou o procedimento para a satisfação desse tipo de obrigação, como se observa dos arts. 520 a 535 e 824 a 913 do Código de Processo Civil.

Para o professor Fredie Didier, nas ações de cunho pecuniário, deve ser aplicado o regramento específico previsto no código, ou seja, deve haver a penhora, avaliação, adjudicação e, por fim, a alienação e entrega dos valores ao credor:

“A tipicidade *prima facie* das medidas na execução por quantia certa é confirmada pelo disposto nos arts. 921, III, e 924, V, ambos do CPC. A ausência de bens penhoráveis acarreta 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. Ora, se a atipicidade fosse a 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

104 Neste sentido, conferir: REsp 1.069.810/RS, Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Julgamento: 05/11/13.

sendo possível, nesse caso, a adoção de medidas atípicas que lhes sirvam de sucedâneo para que se obtenha a satisfação do crédito do exequente”¹⁰⁵.

Todavia, o ilustre professor conclui que o art. 139, IV, do Código de Processo Civil apenas flexibilizaria o regramento existente para as prestações pecuniárias:

“Interpretação que negue a existência de alguma atipicidade na execução por quantia simplesmente está ignorando a opção legislativa, não dando qualquer rendimento normativo ao dispositivo - postura que também viola o postulado hermenêutico da integridade”¹⁰⁶.

Marcelo Lima Guerra, todavia, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, entendia ser possível a aplicação de *meios executivos adequados*, para toda e qualquer espécie de prestação, inclusive as pecuniárias, em atenção “princípio” constitucional da isonomia:

"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 § 5º do art. 461 do CPC, *a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis*"¹⁰⁷.

No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno entende que o magistrado também poderia variar as escolhas codificadas nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, evitando-se, assim, decisões de cunho ideológico e/ou político:

“consoante se mostrem ineficazes ou inadequadas as soluções codificadas para a prestação da tutela jurisdicional das obrigações de pagar quantia, o magistrado poderá *variá-las* em prol de uma maior eficiência”¹⁰⁸.

105 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.107.

106 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.107.

107 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p..152.

108 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.502.

Por seu turno, Luiz Guilherme Marinoni:

“O juiz, a partir do art. 139, IV, do CPC/2015, não está mais adstrito apenas à sentença condenatória – que fixa a obrigação de pagar e dá ensejo à abertura da execução por sub-rogação patrimonial – para a tutela de prestações pecuniárias. Pode impor essa prestação por meio de ordem judicial, acoplada ao aceno de emprego de medida de indução (coercitiva ou de pressão positiva) ou de medida de sub-rogação. (...) é cedo para dimensionar a importância desse preceito e a interpretação que a ele será dada”¹⁰⁹.

Evidentemente que a escolha legislativa foi regulamentar com minudência o procedimento para a satisfação das prestações que envolvam a execução por quantia certa, numa clara opção pela tipicidade dos meios executivos. Assim, apesar do art. 139, IV, expressamente autorizar a utilização de outros meios mais adequados à satisfação das ordens judiciais que tenham por objeto prestação pecuniária, evidentemente que ele não tornou opcional a utilização de todo o regramento que envolve o cumprimento por quantia certa. Portanto, para harmonizar o concerto desses dispositivos, o mais adequado seria que a regra da atipicidade fosse aplicada de modo subsidiário, no caso de prestação a pagamento por quantia. Neste sentido:

“O princípio da atipicidade dos meios executivos para a atuação da norma jurídica concreta é previsto no novo CPC, nos arts. 139, IV e 536, sendo este para cumprimento de sentença de qualquer obrigação específica (fazer e não fazer e entrega de coisa, art. 538). A regra da atipicidade também se aplica para a efetivação da tutela provisória, como prescreve o art. 297 do CPC. Para o caso de títulos judiciais e extrajudiciais para pagamento de quantia sem urgência, o legislador manteve no CPC de 2015 a regra da tipicidade dos meios executivos. Talvez o legislador ainda não tenha se sentido suficientemente seguro para permitir a execução por desapropriação sem a segurança e a previsibilidade dos meios típicos”¹¹⁰.

A doutrina faz uma pequena ressalva quanto à possibilidade de haver medidas típicas de origem negocial. É que, pela regra do art. 190 do Código de Processo Civil, é plenamente possível a realização de negócio jurídico processual que torne determinada medida atípica

109 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel MITIDIERO. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. v.2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 703.

110 ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98.

como técnica principal (não subsidiária) de efetivar a decisão, desde que, evidentemente, não acarrete o embaraço da atividade executiva¹¹¹:

“Do mesmo modo, é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas⁹³ como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia, ou (ii) de determinadas medidas atípicas, que, no caso, se transformariam em medidas típicas de origem negocial - o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas e a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC”¹¹².

7.4.3 – Multa como medida atípica das prestações de pagar quantia

Importante observar que a multa é tida, por parte da doutrina, como medida coercitiva típica apenas nas execuções de prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro (Art. 536, § 1º, Código de Processo Civil¹¹³), sendo considerada medida punitiva (e não coercitiva) nas execuções de prestação pecuniária (Art. 523, §1º, Código de Processo Civil¹¹⁴). Por esta razão, não seria adequado aplicar multa como medida atípica, para o cumprimento de obrigação pecuniária, por constituir *bis in idem* e violação à regra da menor onerosidade da execução que proíbe a utilização de medidas desnecessárias¹¹⁵.

111 art. 77 do Código de Processo Civil: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...) IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”.

112 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p. 138.

113 art. 536 do Código de Processo Civil: “No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

114 art. 523 do Código de Processo Civil: “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento”.

115 Neste sentido, conferir: DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p. 124.

Neste sentido, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendia que não seria possível a aplicação de métodos executivos indiretos (ex. astreintes) para as obrigações de pagar quantia certa¹¹⁶.

Todavia, a outra parte da doutrina entende que o art. 139, IV não faz qualquer ressalva quanto à possibilidade de fixação de multa para efetivar prestação pecuniária:

“Como o dispositivo ora comentado não faz qualquer distinção entre as espécies de obrigação executáveis é possível se concluir que a resistência à aplicação das astreintes nas execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação”¹¹⁷.

Assim, o art. 139, IV do Código de Processo Civil teria criado um ambiente propício para acabar com as discussões sobre a possibilidade de aplicação das astreintes, afastando a resistência jurisprudencial. Todavia, para o professor Fredie Didier, “é possível, no entanto, valer-se da multa, como medida atípica, em execução pecuniária, como forma de impor o cumprimento de *deveres processuais do executado* - e não o dever de pagar a quantia - ou de terceiro”¹¹⁸.

Não há discussão, por fim, quanto à utilização da multa como meio atípico na execução por quantia, quando se referir à efetivação dos deveres processuais do executado ou de terceiro. Isto porque a utilização de outras técnicas, que não estejam codificadas, não devem configurar meio de sanção executiva, mas sim meio de satisfação.

Conclusão

Somente após as barbaridades experimentadas durante as guerras do século XX, especialmente decorrentes da ideologia nazista, é que o ser humano, ou melhor, que a dignidade do ser humana foi colocada no centro de todo o ordenamento jurídico, bem como

116 Neste sentido, conferir: REsp 1.036.968/DF, rel. Teori Albino Zavascki, julgamento: 13.05.2008; e REsp 893.484/RS, rel. Herman Benjamin, julgamento: 15.03.2007.

117 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 231.

118 DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017. p.124.

do próprio Estado Democrático. Neste período, surgiu uma nova forma de se pensar o fenômeno jurídico que, apesar de não possuir uma concepção teórica clara e coesa, o que impede uma conceituação precisa, possui algumas características comuns que a transforma em uma nova corrente jus filosófica.

Conhecida por muitos por pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, essa nova forma de pensar o Direito emergiu do desencanto com as certezas jurídicas introduzidas pela filosofia positivista que, inclusive, serviram para justificar crimes bárbaros contra a humanidade. As principais características desse novo fenômeno jurídico são: i) expansão dos direitos fundamentais, ii) reconhecimento da função interpreta(cria)tiva do Poder Judiciário, iii) utilização de novas técnicas legislativas, como dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais e, principalmente, iv) reconhecimento da força normativa da Constituição.

Houve uma especial preocupação com a eficácia do ordenamento jurídico, uma vez que a mera previsão formal dos direitos, que se encontravam elencados em grandes codificações da época – que pretendiam abraçar os mais diferentes interesses e eliminar qualquer tipo de lacuna legal –, na prática não representava nada além de uma mera expectativa de direito para o jurisdicionado. Isso porque o que se verificava é que a função jurisdicional se limitava a conhecer o direito sem se preocupar em entregá-lo ao seu titular o que, em última análise, representava um desrespeito a pessoa humana, que não possuía outra via de proteção, já que a autotutela era proibida.

Percebeu-se que os ideários do Estado Liberal, no qual a atividade jurisdicional deveria estar milimetricamente regulamentada pela lei, não assegurava, de fato, a realização material dos direitos. Pelo contrário, a previsibilidade do sistema, especialmente dos meios executivos, facilitava a fraude aos credores e à própria execução e, por consequência, ocasionava a desmoralização da função jurisdicional que não conseguia entregar a tutela ao jurisdicionado, limitando-se a revelar a norma jurídica individualizada.

Foi a partir do Estado Social e Democrático de Direito, que o Poder Judiciário passou a ter força capaz de alterar a realidade social, por meio da ampliação dos deveres-poderes dos magistrados. No Brasil, é a partir da reforma que introduziu o art. 461 ao antigo Código de Processo Civil (Lei nº 8.952 de 1994), que os juízes passaram a estar autorizados a determinar todas as providências que assegurassem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

da tutela específica, mas só da tutela específica, seja ela de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro.

Foi somente no estado Constitucional de Direito que efetivamente se legislou sob o viés do que grande parte da doutrina denominou Neoconstitucionalismo. Nesta fase atual da experiência jurídica, a existência e validade do sistema jurídico passaram a estar intimamente atreladas a um mínimo de eficácia social, sendo que os instrumentos necessários à efetivação da tutela foram ampliados para todo e qualquer tipo de prestação, inclusive, a meramente pecuniária. Daí porque dizer em constitucionalismo da efetivação.

O escopo deste trabalho, portanto, foi analisar o poder geral de efetivação nas tutelas condenatórias, especialmente as executivas em sentido estrito e as mandamentais, por serem as que dependem de realização fática da norma jurídica declarada. Assim, foram separadas desta análise as tutelas declaratórias e constitutivas porque possuem eficácia imediata, dispensando qualquer comportamento posterior por parte do Estado ou da parte vencida para se efetivarem.

Atento às transformações históricas, filosóficas e teóricas que surgiram desde o pós-guerra, o legislador de 2015 elevou, no art. 4º do Código de Processo Civil, o direito à efetividade da prestação jurisdicional ao nível de direito fundamental, como forma de concretizar, no plano infraconstitucional, os postulados constitucionais do *devido processo legal* e da *efetividade*. Isto porque, em um passado recente, tais postulados não passavam de letra morta na Carta Política ao passo que, hoje, são passíveis, inclusive, de se tornarem pedido mediato nas demandas judiciais.

A crise de ineficiência do Poder Judiciário, diz o *Relatório Justiça em Números*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, relativo ao ano-base de 2015, está, em grande parte, atrelada à dificuldade em localização e liquidação de ativos patrimoniais do devedor, especialmente do devedor de crédito tributário, ou seja, está atrelada à ineficácia social da tutela. Isto porque, no processo judicial, antes da entrada em vigor da novel codificação processual, os juízes não poderiam utilizar de técnicas indiretas para satisfazer o credor, porque vigorava a ideia de intangibilidade da vontade humana. Assim, nas execuções fiscais, por exemplo, os juízes estavam limitados a reproduzir os mesmos atos que a administração

pública já havia intentado contra o contribuinte, no âmbito do processo administrativo, sem lograr êxito, evidentemente.

Tal crise acarretou no aumento significativo do acervo do número de processos na Justiça Estadual que, no ano de 2015, somavam 59 milhões de processos, bem como dos gastos anuais com a manutenção de casos em fase de satisfação. Optou-se, então, por ampliar, por meio da utilização das cláusulas gerais e das normas com conceitos jurídicos indeterminados, os deveres-poderes dos magistrados, conforme se observa da leitura dos arts. 139 IV e 536, § 1º da novel codificação, que passam a utilizar, além daqueles meios tradicionais (meios diretos), os indiretos de execução.

Importante ter em mente que, na execução direta, o Estado Juiz, por meio da sub-rogação, pode praticar atos materiais, independentemente da concordância ou resistência do executado, cumprindo a prestação a ele imposta pelo comando decisório, representando uma possibilidade de restrição do patrimônio. Já na execução indireta, o Estado Juiz substitui a vontade do devedor e satisfaz o direito. O Estado Juiz exerce uma pressão psicológica, por meio de ameaças ou ofertas, para o executado realizar voluntariamente o comando da determinação, por meio de medidas mandamentais, indutivas e coercitivas, representando uma possibilidade de restrição à intangibilidade da vontade humana, que até então era impensável.

Os arts. 139 IV e 536, § 1º do Código de Processo Civil representam, pois, o poder geral de efetivação da tutela jurisdicional, que seria melhor classificado como sendo um *dever-poder geral de efetivação*, já que a ampliação dos poderes dos magistrados decorre de um dever anterior que é a de entregar uma tutela efetiva ao jurisdicionado.

Segundo entendimento capitaneado pelo professor Humberto Ávila, no Brasil, os direitos fundamentais, incluindo, atualmente, o direito à tutela satisfativa, devem possuir a estrutura de normas-regra (e não de normas-princípio) e, por isso, devem ser observados na medida exata de suas prescrições, mediante processo de subsunção. Caso contrário, esses direitos teriam aplicação diferida, mediante processo de ponderação, e representariam apenas uma espécie de orientação de sentidos direcionada aos jurisdicionados e ao próprio Estado-Juiz. Assim, para a garantia da eficácia social dos direitos fundamentais, é necessário que esses direitos sejam considerados regras de caráter vinculante.

O conteúdo do direito à atividade satisfativa, todavia, como o de qualquer outro direito fundamental, não é irrestrito e ilimitado, devendo ser compreendido como sendo a própria função social que dele se espera, segundo dicção do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 8º do Código de Processo Civil. Além disto, ao dispor, no art. 1º da lei processual, que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, o legislador explicitou que a atuação do Estado deverá estar adequada aos valores sociais, ou seja, mais uma vez se verifica que o processo deve cumprir sua função na sociedade; no mundo empírico, porque é isto que se espera dele: satisfação do direito¹¹⁹.

Neste sentido, pode-se dizer o direito à tutela satisfativa corresponde aos limites reunidos nos postulados normativos do devido processo legal e da efetividade da tutela jurisdicional que são nada menos que exigências sociais do mundo contemporâneo. No modelo de Processo Civil Constitucional, os limites impostos pelas regras da responsabilidade patrimonial, do desfecho único, da menor onerosidade da execução e da atipicidade dos meios executivos, são extraídas desses postulados e devem, pois, serem observadas no momento de satisfazer a tutela, pois representam limites preconcebidos pela sociedade.

Tais limitações, apesar de, a princípio, frearem a atuação da atividade jurisdicional, devem ser entendidas como limites impulsionadores dessa função pública, vez que é somente no espaço de um processo *devido e efetivo* que a tutela jurisdicional passa a cumprir as expectativas sociais, no sentido de imprimir ordem ao mundo sensível. É que, conforme se analisou neste trabalho, o processo judicial possui uma peculiar importância que é a de transformar, por meio da linguagem jurídica, fatos em direitos.

É que os direitos (e neste particular o direito à atividade satisfativa) são definidos por seus contornos (postulados normativos e regras decorrentes), aferíveis dentro de um processo judicial, tal como os oceanos que definem os continentes e as ilhas, aferíveis dentro de um planeta. A atuação do Estado-Juiz não está, todavia, limitada exclusivamente pela lei em sentido amplo, que, aliás, cedeu maior liberdade aos juízes, mas sim pela vontade da sociedade que deseja ter a crise jurídica solucionada e a prestação efetivamente cumprida.

119 Pode-se entender que a execução representa “*um conjunto meios processuais previstos em lei, à disposição do juízo, visado à satisfação do direito*” – NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1053.

Portanto, em última análise, a função social do processo representa o limite último da atividade jurisdicional, o *limite dos limites*.

Em conclusão, o juiz, ao determinar a utilização de um ou outro meio executivo para a satisfação da tutela, não o faz de maneira arbitrária e despropositada. Ao cominar uma medida coercitiva ou sub-rogatória, ele apenas declara os limites constitucionais prefixados, subsumindo-os àquele caso concreto, e analisa se, ao assim proceder, a função social do processo será atendida, ou seja, se a tutela será satisfeita no mundo sensível.

Justamente pela importância que os postulados constitucionais assumem na orientação de todo o ordenamento jurídico pátrio, é que as regras procedimentais da execução devem ser aplicadas sob o viés constitucional, para delas se extrair o correto sentido e alcance do disposto no art. 139, IV e 536, §1º do Código de Processo Civil e, assim, possuir, legitimação social.

Não está no escopo do presente trabalho encerrar o assunto, a escolha foi apenas suscitar questões metodológicas e buscar respostas dogmáticas para assuntos novos e, com isto, contribuir para uma melhor aplicação da lei processual. Esta difícil e edificante missão permanecerá em progresso até que outras perguntas sejam respondidas ou até que as Cortes superiores se posicionem sobre elas, pacificando toda esta discussão.

Referencias bibliográficas

ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM, Arruda, ALVIM, Eduardo Arruda, BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen, COUTO, Mônica Bonetti. Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17,2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 03.05.2017, às 16:12.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Direito, interpretação e norma jurídica: uma aproximação musical do direito. *Revista de Processo* | vol. 111/2003 | p. 223 - 242 | Jul - Set / 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo* vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v.35, n.4.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil. 18. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Ed. Jus podivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Decisões declaratórias e constitutivas não têm eficácia imediata. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-27/fredie-didier-jr-decisao-declaratoria-nao-eficacia-imediata>>. Acesso em 09/08/2017 às 11:13.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Jota, publicado em 24.8.2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acesso em 03.09.2017, às 19:02.

GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo* | vol. 116/2004 | p. 29 - 39 | Jul - Ago / 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel MITIDIERO. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. v.2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme,; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado.3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel MITIDIERO. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v.2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. Revista de Processo | vol. 206/2012 | p. 61 - 78 | Abr / 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: Revista dos Tribunais. Revista do Processo. Vol. 27, n. 105, p.183-190, p. 181, jan – mar. 2002.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica?. Revista dos Tribunais Nordeste | vol. 3/2014 | p. 131 - 152 | Jan - Fev / 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Existe a "Discricionariedade" Judicial?. Revista de Processo | vol. 70/1993 | p. 232 - 234 | Abr - Jun / 1993.

RAMOS NETO, Newton Pereira. Poderes do juiz no processo civil cooperativo: Limites e possibilidades no paradigma do Estado Democrático de Direito – São Paulo: [s.n.], 2016 – Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" constitucional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 22/2008 | p. 134 - 154 | Jul - Dez / 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 03.09.2017, às 21:41.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em 03.09.2017, às 21:18.

TARTUCE, Flavio. Manual de direito civil: volume único 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

SOUZA, Alexandre Araujo de. O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 2 | p. 57 - 87 | Jun / 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. In: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol.1.p.1013-1023. Out/2011.

Código de Processo Civil 1973.

Código de Processo Civil 2015.

Código de Processo Civil: Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

Constituição Federal (1988).

Convenção Europeia de Direitos do Homem (1948).

Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC.

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015.

Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Pacto de São José da Costa Rica (1969)

Relatório da Justiça em Números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 03.09.2017, às 19:55.

REsp 1.069.810/RS, Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Julgamento: 05/11/13.

REsp 1.036.968/DF, rel. Teori Albino Zavascki, julgamento: 13.05.2008; e REsp 893.484/RS, rel. Herman Benjamin, julgamento: 15.03.2007.

REsp nº 634.775, Rel. Teori Albino Zavascki, Julgado: 16/11/2004.

Informativo nº 437/STJ. REsp. nº 1.111.686/RN, Rel. Sidnei Beneti, julgado: 01/06/2010.

REsp nº 75.659, Rel. Aldir Passarinho Junior, Julgado: 21/06/2005.

STJ, Inq nº 784 – QO, Corte Especial, rel. Mina. Laurita Vaz, julgamento: 17/04/2013.

Agravo de instrumento nº 2020923-23.2017.8.26.0000/SP, Rel. Carlos Alberto Garbi. julgamento: 04/04/2017.

Agravo de Instrumento nº 2184246-44.2016.8.26.0000/SP, Rel. Maia da Rocha. Julgamento: 13/02/2017.