



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO NERY MALTA DE ANDRADE

**OS LIMITES À EXECUÇÃO INDIRETA NO PROCESSO CIVIL DIANTE
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO**

Salvador
2014

RODRIGO NERY MALTA DE ANDRADE

**OS LIMITES À EXECUÇÃO INDIRETA NO PROCESSO CIVIL
DIANTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bernardo Lima

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO NERY MALTA DE ANDRADE

OS LIMITES À EXECUÇÃO INDIRETA NO PROCESSO CIVIL DIANTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me conceder saúde e sabedoria e por me acompanhar em todos os passos da minha vida.

Agradeço, também, à minha mãe, Miriam Malta, ao meu pai, Jeferson Malta, em memória, e ao meu irmão, Jeferson Filho, pelo amor incondicional.

A minha namorada, pelo apoio e incentivo dado.

Ao meu orientador, Professor Bernardo Lima, pelos enriquecedores debates e pela instrução concedida, bem como a Matheus e Annibal, pelos conhecimentos repassados.

Por fim, agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação.

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.
Rui Barbosa

RESUMO

O presente projeto monográfico apresenta o estudo sobre a execução indireta no processo civil, levando em consideração os limites impostos ao julgador quando se depara com direitos fundamentais em conflito. Não é pacífico na doutrina e jurisprudência quais as barreiras da execução indireta, principalmente quando se busca tutelar direito fundamental, como a vida. Desta forma, estudou-se a origem dos direitos fundamentais, a evolução desse direito na Constituição Federal, objetivando compreender sua importância e técnica de aplicação. Posteriormente, diferiu atenção à espécie de execução objeto deste trabalho: execução indireta, compreendendo suas modalidades, eficiência e limites. Percebeu-se, ainda, a necessidade que a prestação jurisdicional seja efetiva, e qual a importância da execução indireta nesse desiderato (como ela pode/deve coagir o inadimplente a cumprir a ordem judicial). Ato contínuo, analisou-se institutos específicos da execução indireta, como, por exemplo, a *astreinte*, a (im)possibilidade da prisão civil, assim como as constrições inominadas, em decorrência da autorização feita pelo art. 461 do código de processo civil vigente. Por fim, fora feita uma análise, legislativa e jurisprudencial, sobre a quais espécies de execução são permitidas no ordenamento pátrio, questionando-se qual método poderá ser aplicado, levando em consideração os balizadores necessários, como: ponderação em sentido *lato* (necessidade; adequação e proporcionalidade), menor onerosidade ao executado, sob a ótica da efetividade jurisdicional.

Palavras-chave: execução indireta; direitos fundamentais; ponderação; prestação jurisdicional; coerção.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
AgRg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal da República
DES.	Desembargador (a)
DJ	Diário de Justiça
HC	Habeas Corpus
LEF	Lei de Execução Fiscal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Resp	Recurso Especial
Séc	Século
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SE	Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 ORÍGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1.1 A evolução dos direitos fundamentais no brasil	17
2.2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - DRITTWIRKUNG	20
2.3 DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
2.4 DA SUPERAÇÃO DO CONFLITO: A INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO	23
3 DA EXECUÇÃO INDIRETA	31
3.1 DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E A EXECUÇÃO	31
3.2 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE EXECUÇÃO DIRETA E EXECUÇÃO INDIRETA	35
3.2.1 A execução indireta e suas características	38
3.3 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO: EFETIVIDADE, MENOR ONEROSIDADE E PROPORCIONALIDADE	45
4 DOS LIMITES À EXECUÇÃO INDIRETA DIANTE DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
4.1 CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL	52
4.1.1 Origem da <i>astreinte</i>	52
4.1.2 Características da <i>astreinte</i>	54
4.1.3 Falibilidade da <i>astreinte</i>	59
4.2 CONSTRIÇÃO FÍSICA	61
4.2.1 Evolução da prisão civil no Brasil	62
4.2.2 Prisão civil por inadimplemento de alimentos	63
4.2.3 Da (im)possibilidade de constrição pessoal por descumprimento de ordem judicial	68
4.2.3.1 Posicionamento Jurisprudencial	72
4.3 DAS CONSTRIÇÕES INOMINADAS	74

5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema “Os Limites à Execução Indireta no Processo Civil Diante de Direitos Fundamentais em Conflito”. O objetivo é analisar quais as balizas impostas ao magistrado na busca pela efetividade do processo de execução, através de meios indiretos, indicando quais são os limites imputados ao julgador para forçar o devedor ao cumprimento de uma prestação que verse sobre direito fundamental, bem como, responder se, diante da violação à direitos fundamentais é possível relativizar os limites protetivos ao executado.

Este trabalho tem como problemática avaliar quais são os limites impostos ao magistrado ao utilizar os meios indiretos de execução para obter uma prestação jurisdicional.

Inicialmente, cumpre informar que inúmeras vezes o exequente é prejudicado por conta das proteções ao executado, que, mesmo inadimplente, vale-se das proteções previstas pelo ordenamento pátrio para eximir-se de suas obrigações. Em verdade, essa proteção ao executado não é desarrazoada, há fundamentos de ordens constitucionais, como a vida, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

O tema em questão despertou interesse particular, pois, envolve posicionamentos ainda não sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro, tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial, demandando um estudo minucioso, entretanto, motivador.

O estudo dos meios executórios para prestação da tutela jurisdicional efetiva requer a análise sobre os direitos fundamentais, destacando a sua evolução histórica, bem como a eficácia horizontal destes direitos e a possibilidade de conflitos entre eles.

Ao falar sobre direitos fundamentais, a primeira premissa que deve ser pontuada é que não existem direitos fundamentais absolutos, por essa razão é possível que direitos possam entrar em conflito e para solucionar um possível conflito entre direitos fundamentais, deve-se utilizar a técnica da ponderação, pois não há hierarquia entre os direitos, conforme será demonstrado no corpo deste trabalho.

A técnica da ponderação consiste na análise de três elementos, são eles: a máxima da necessidade; máxima da adequação e; o princípio da proporcionalidade. A referida técnica e seus elementos serão cautelosamente abordados.

Ademais, para responder a problemática, objeto do presente trabalho monográfico, será minuciosamente analisado o instituto da execução indireta, avaliando o conceito de execução, o direito a prestação jurisdicional, a diferença entre execução direta e execução indireta, além dos princípios da execução, quais sejam: efetividade; menor onerosidade e proporcionalidade.

Sabe-se que, todos possuem o direito de ter acesso ao judiciário, ou seja, qualquer sujeito poderá levar sua demanda à análise ao poder judiciário por meio do direito de ação e o judiciário tem o dever de receber e analisar o pleito. É dizer que o Estado deverá declarar o direito, promover o devido processo legal e efetivar a prestação jurisdicional.

No que tange à execução indireta, tem-se que esta se caracteriza pela coerção, podendo ser benéfica ou maléfica. Isso implica dizer que a obrigação será cumprida através da imposição de medidas coercitivas ou sanções premiais, como a imposição de multas diárias ou abatimento de multa em caso de cumprimento espontâneo, por exemplo.

Com relação aos princípios da efetividade, menor onerosidade e proporcionalidade, salienta-se que o primeiro é um princípio basilar ao processo de execução, sendo imprescindível que todos os atos processuais sejam proferidos sob a sua perspectiva, o segundo é um princípio norteador à execução indireta, tendo em vista deve ser aplicado o meio coercitivo que gere menor onerosidade ao executado, já o terceiro, o princípio da proporcionalidade, é de extrema relevância para o ordenamento pátrio, devendo ser observado em qualquer decisão, conforme será analisado.

O estudo em questão se propõe, ainda, a analisar quais são os limites à execução indireta diante da colisão entre direitos fundamentais, abordando a constrição patrimonial, a constrição física e a superação da impossibilidade de constrição.

Impende ressaltar que inúmeras vezes a inadimplência do devedor-executado gera prejuízos incalculáveis ao credor-exequente, tal situação é agravada quando a prestação jurisdicional torna-se inexecutável diante da existência dos direitos fundamentais do inadimplente. É aqui que reside o cerne deste trabalho e é, justamente, onde serão analisados quais os meios cabíveis ao magistrado para dar efetividade ao processo de execução.

Por fim, serão cautelosamente estudados o instituto da constrição patrimonial que consiste na incidência das *astreites*, bem como da constrição física que se caracteriza pela possibilidade de aplicação da prisão civil.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os doutrinadores, em verdade, não conseguem chegar ao consenso do que, precisamente, seriam os direitos fundamentais. Em decorrência de uma abrangência quase que indefinida, tais direitos alcançam tudo aquilo que se refere aos direitos do homem, como animal social, tendo como nomenclatura sinônima termos como: direitos subjetivos, direitos públicos, direitos humanos, entre outros. Superando o interessante debate sobre a nomenclatura “correta”, utilizar-se-á o termo “direitos fundamentais” neste trabalho monográfico, já que é esse o termo adotado na carta magna, influenciada pela constituição alemã e portuguesa, em maior parte.

Como critério para definir até onde tal instituto engloba, Dirley da Cunha Jr. indica como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana, já que “[...] constitui critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau”¹.

Ressalva de importância inenarrável promulga o supramencionado autor, alertando que o predito princípio funciona como norteador, e não como lente exclusiva, podendo haver outros filtros para se desaguar nos direitos fundamentais. Exemplificando, percebe-se que há direitos fundamentais direcionados à pessoa jurídica em que o princípio da dignidade da pessoa humana não atua diretamente.

Em descompasso ao quanto aludido pelo professor baiano, anteriormente citado, José Canotilho dispara severos comentários, aduzindo ser errôneo o aludido critério, já que haveria extração do rol dos direitos fundamentais todo aquele que não possuísse relação com o radical subjetivo².

Diante de tal debate, observa-se o que o princípio da dignidade da pessoa humana não limita os direitos fundamentais, mas, deve ser observado como um caminho para se encontrar os “direitos do cidadão” de maior relevância, servindo como cerco para delimitar uma área. Assim, compreende-se que são direitos fundamentais todo aquele direito ligado intrinsecamente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

¹ CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2010, p. 457.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra. Almedina Editora, 1997. 383.

A exegese que se percebe é que se pode “conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas em que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições a assegurar a existência digna, livre, igual e fraterna das pessoas”.³ Isso posto, tratam-se de princípios jurídicos, que, em dimensão subjetiva, possuem a abstração necessária para a aplicação aos casos práticos, cotidianos.

Ressalte-se, por oportuno, serem os direitos fundamentais um reflexo direto do estado político do país, onde, por se tratar de princípio adesivo, ou seja, se adequa à superfície onde é aplicado, dependerão da constituição em vigor. Nota-se que, conforme aludido, trata-se de ser o homem, no exercício de sua cidadania o titular dos Direitos fundamentais, havendo, segundo a Teoria dos Quatro Status, quatro locais em que o homem exerceria o mencionado direito. A citada teoria, desenvolvida por Jellinek na década XXX, observada por intermédio da obra Curso de Direito Constitucional⁴, leciona a seguinte divisão:

Nestes quatro status – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao estado, pretensões contra o Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Percebe-se, pela predita divisão que se está diante de uma evolução, onde a posição do indivíduo muda com o passar do tempo, em decorrência dos direitos e garantias de primeira, segunda e terceira geração.

No primeiro momento, há a subordinação ao quanto arbitrado pelo Estado, havendo apenas deveres ao cidadão, muito comum no período absolutista. Em segunda ocasião, passa o indivíduo a ter mínimo reconhecimento. Aqui, nasce a perspectiva da personalidade humana, havendo a “liberdade dos homens”, não podendo o Estado invadir a esfera jurídica do cidadão de forma desarrazoada. Foi denominada de *status negativus*, já que se negativava o abusivo poder do Estado; Passa-se a poder/dever requerer ao Estado certas prestações, inclusive jurisdicionais, havendo, portanto, uma consciência cível no homem, ou seja, agora, requer-se que o Estado tenha uma conduta positiva, não mais se contentado com a negativa do abuso do direito estatal;

³ CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2010, p. 548

⁴ JELLINEK, Georg. *Apud op. cit.* 2010, p. 552.

por fim, encontra-se o indivíduo participando ativamente da formação do Estado, não mais sendo um mero sujeito passivo, mas sim um integrante do próprio ente estatal.

Assim, em apertada síntese, evidencia-se sobre o que os direitos fundamentais tratam, como observá-los, e, ainda, quem é o seu titular. Objetivando uma maior compreensão sobre o tema, é de prudente raciocínio, compreendendo um pouco mais sobre suas características, traçar uma evolução histórica, conforme segue.

2.1 ORÍGEN E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, cumpre trazer à lume a importância dos direitos fundamentais, essenciais para a formação do moderno Estado constitucional. Desta forma, traçar-se-á uma breve evolução dos direitos fundamentais, sob a perspectiva histórica.

Embora haja divergência sobre o ponto de partida, considerar-se-á o marco inicial o século XVII, momento em que as constituições ganham destaque nos ordenamentos jurídicos. As necessidades básicas passam a evoluir, fazendo com que, cada vez mais, a população exigisse mais direitos, alçando voos mais altos. Tal fenômeno, em muito, decorreu de um momento em que a tecnologia e ciência evoluíam como nunca antes visto, dando início ao período de industrialização. Assim, passa-se a analisar a evolução dos direitos fundamentais por gerações⁵.

Exibe-se, brevemente, as gerações de direitos fundamentais, de forma demonstrar o momento em que se encontra e a influência desses direitos no processo de execução, bem como, trazer à lume a necessidade da efetivação do predito procedimento/procedimento reconhecimento material e formal, tendo alcançado o panorama de norma constitucional.

Primus, terço-a alguns comentários sobre os direitos fundamentais de primeira “geração”. No auge da burguesia, buscavam-se direitos que limitassem os abusos estatais. O burguês, liberal, almejava um comércio com perspectiva neutra, sem que Estado usurpasse seus lucros⁶.

⁵ SALERT, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

⁶ *Ibidem*, p. 45/7.

Tratava-se de um direito de defesa, uma tentativa de não intervenção do Estado na esfera particular. Destaque-se o fato de que, em decorrência do pensamento desenvolvido nesta primeira geração, geraram-se direitos de importância inenarrável para a época, como o direito à igualdade, ainda na sua perspectiva formal, bem como, o direito ao devido processo legal, habeas corpus e direito de petição⁷.

Afirma-se, ainda, que neste momento não se buscavam direitos, mas sim, negar direitos (direitos do Estado). Traço marcante é a incidência do jus naturalismo: direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade... Salienta-se, também, que a busca dos direitos individuais desaguou em direitos coletivos, como liberdade de expressão, reunião, entre outros.

Secundus, a burguesia, que pode evoluir em decorrência dos direitos de primeira geração, bem como, em decorrência da evolução tecnológica, passou a explorar indiscriminadamente a população. A liberdade da primeira geração era meramente formal, abandonando o cidadão à sua própria alea. Reivindicações por melhores condições de trabalho explodiram durante o século XIX, o movimento socialista nasce com força avassaladora. Cobrava-se ao Estado que houvesse um controle, tornando a igualdade formal em material. Destaque-se que, neste momento histórico, não se busca “direitos negativos do Estado”, mas sim, que o seja tomada uma conduta positiva, trazendo a justiça social⁸.

Os direitos coletivos, que eram apenas pincelados na primeira dimensão, passam a tomar forma. Nasce, neste momento histórico, entre o séc. XIX / XX, direito de greve, formação de sindicato, entre outras liberdades de caráter social. Ocorre que, esses direitos sociais ainda não configuram direitos coletivos, conforme a obra supramencionada:

[...] a utilização da expressão social encontra justificativa [...] na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de correspondência à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária a título de compensação.⁹

Os direitos fundamentais de terceira geração: ótica sob o homem na perspectiva de titular de direitos coletivos. Agora, se “têm primeiro por destinatários o gênero humano

⁷ SALERT, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

⁸ Ibidem, loc. cit.

⁹ Ibidem, p. 48.

mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”, conforme leciona Paulo Bonivades.¹⁰

Deve-se trazer a lume, conforme feito em tópicos anteriores, que o momento histórico tem insubstituível importância. Agora, o pós-guerra é a maior alavanca para os direitos fundamentais. Leia-se o que Ingo Sarlet, na supramencionada obra, afirma:

[...] cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Em caráter dissonante com a geração anterior, agora, busca-se fincar direitos realmente coletivos, como, por exemplo, o direito ambiental. Insta salientar que, nesse contexto, se exige uma postura ativa do Estado, de forma que é responsabilidade deste regulamentar e garantir a eficácia dos direitos constituídos.

Partindo-se para uma análise mais restrita, objetivando elucidar fatores importantes para tema monográfico, passa-se a observar a evolução constitucional no Brasil.

2.1.1 A evolução dos direitos fundamentais no Brasil

Inspirada nas constituições dos Estados Unidos da América e da França, a primeira Constituição Federal do Brasil, de 1824, já possuía direitos fundamentais em seu bojo. Tratavam-se de 35 incisos entabulados pelo artigo 179¹¹. Ocorre que, em decorrência do Poder Moderador, superior aos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), em posse do imperador D. Pedro I, havia limite do exercício dos direitos fundamentais.

Isso posto, pode-se perceber que, nesse contexto histórico, os direitos fundamentais eram fictos, pois se limitavam à vontade do soberano, não havendo real expressão. De fato, a primeira constituição a abarcar direitos fundamentais concretos é a Constituição Republicana de 1891, em vigor na República Velha.

¹⁰ BONIVADES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2007, p 569.

¹¹ Constituição Política do Império do Brasil de 1824 - Art. 179. “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”.

Na Constituição supramencionada nasceu em decorrência do decreto nº 01, de 1889, onde foi proclamada a República Federativa, transformando as províncias em Estados Federativos. Assim, são acrescentados importantes institutos, havendo, a partir deste momento, proteção aos brasileiros e aos estrangeiros, possibilitando-os o direito de livre associação, habeas corpus, agora previsto na constituição, entre outros. Salienta-se que, neste momento, não há mais o Poder Moderador, passando a existir uma separação de poder tripartite, harmônicos e independentes entre si, de forma que os direitos fundamentais, constituídos em 1824, passaram a vigorar de forma real.

Em ordem cronológica, nova modificação que chama a atenção do cientista do direito ocorre na constituição de 1934, momento em que Getúlio Vargas desmantela a República Velha, onde direitos sociais e econômicos passam a serem trazidos a lume. Nesta conjuntura, há a alteração constitucionais para a inserção do que a doutrina denomina de “direito à subsistência”, consoante pode-se observar no art. 113, caput.¹²

Salienta-se, ainda, estarem presentes os remédios constitucionais: Mandado de Segurança e Ação Popular, até então inexistentes na carta magna. Tais remédios possuem imensurável importância para o cidadão, que passa a ter, além do habeas corpus, outros meios constitucionais para se defender de abusos estatais, obtendo uma maior incidência dos direitos fundamentais.

Em grande salto, observa-se a atual constituição. Não se procura desmerecer as constituições presentes neste interstício, entretanto, trata-se de análise constitucional com foco nos direitos fundamentais, e, em nome da cinética deste trabalho monográfico, destacar-se-á as mais importantes.

A Constituição Federal de 1988, possui o caráter de redemocratizar o país, e, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”¹³.

Foi considerada um marco ao fim da ditadura do país, fortalecendo conquistas sociais e trabalhistas, bem como, a possibilidade do analfabeto e os maiores de 16 votarem. Cumpre salientar que, em decorrência do momento histórico recém-superado: a

¹² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 - Art. 113. “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

ditadura, um importante instituto foi criado, o Habeas Data, na tentativa de possibilitar ao cidadão defender-se das ocultações e manipulações de documentos – prática comum no período ditatorial.

A Carta Magne de 1988 apresenta um caráter revolucionário, conforme pode ser extraído da leitura do seu preâmbulo¹⁴, que segue abaixo em notas.

Inúmeros princípios fundamentais são criados com a nova constituição, havendo, inclusive, dissonância entre a doutrina sobre a nomenclatura ou existência de alguns princípios, se um princípio decorre de outro, etc. Contudo, destaque-se o fato de que, concentrados no artigo 5º da atual carta magna, os Direitos Fundamentais estão presentes na essência da organização política, bem como na social. Não somente é resumido assim, tais direitos, se ampliam a direitos individuais e coletivos, direitos de liberdade e igualdade, entre outros.¹⁵

De grande importância, é compreender que o rol de direitos apresentados pelo art. 5º do supramencionado diploma não é taxativo,

[...] esse termo tem também conotação jusnaturalista, porque sugere a imutabilidade histórica da lista de direito e sua independência da positivação. Um direito não deixa de ser 'fundamental' se não for garantido no texto da constituição e não se torna fundamental em razão de sua garantia jurídica.¹⁶

Em apertada síntese e com habilidade magistral, os supracitados autores, Dimitri e Leonardo, na mesma obra, definem o conceito límpido de Direito Fundamental, veja-se:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, por tanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹⁷

Destaque-se, ainda, a força dos Direito Fundamentais, provinda da Carta Magna, protegida pelos guardiões da constituição – STF. Assim, conclui-se a força

¹⁴ Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁵ DÍMOULIS, Dimitri. e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 62.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2003, p. 266/7.

¹⁷ DÍMOULIS, Dimitri. e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 54

constitucional intrínseca aos direitos fundamentais, munidos de uma supremacia perante outros direitos.

São de tamanha força, que o art. 60 da CF, § 4^o¹⁸ proíbe não somente a emenda, mas sim a proposta de emenda constitucional para “prejudicar” o núcleo do quanto exposto de algum direito fundamental. Leia-se, ainda, o quanto exposto no art. 5^o, §1 da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”¹⁹

Conclui-se a vinculação do Estado, bem como, novamente, sua limitação ao poder de legislar sobre “matéria fundamental”, salvo se for para ampliar direito. Além desta interpretação, a doutrina visualiza que os direitos explanados no Título II da CF possuem força normativa, devendo o Estado atendê-los e respeitá-los imediatamente.

2.2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - DRITTWIRKUNG

No tocante a polarização das aplicações dos direitos fundamentais, há de se reiterar o quanto exposto no capítulo anterior: Inicialmente, os preditos direitos foram criados para limitar o poder do Estado, que, no uso da sua supremacia, abusava do poder a ele concedido.²⁰

Entretanto, conforme pacífico entre os doutrinadores, o Estado tem, não somente, que respeitar tais direito, é obrigação do Estado fazer com que todos, inclusive particulares, respeitem esse direito. Tamanha importância da relação de respeito entre os particulares, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, passa-se a realizar análise com olhar preciso.

Originalmente, conforme já mencionado, os direitos fundamentais foram criados para limitar o poder estatal. Entretanto, a aplicação desses direitos não é limitada ao

¹⁸ Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] 4^o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁹ Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Art. 5^o. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] § 1^o - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²⁰ Op. cit. 2008, p. 104.

Estado, mas, em verdade, é ramificada a todos pertencentes ao Estado, inclusive ao cidadão. Destaque-se que, cabe ao Estado garantir o exercício desses direitos, utilizando-se, se necessário, do uso da atividade jurisdicional, visto que, em regra, é vedada a autotutela.

Desta forma, passou-se a compreender que a relação estado-cidadão (eficácia vertical dos direitos fundamentais) gera efeitos nas relações entre os particulares. O efeito dos direitos fundamentais entre particulares foi consagrado pelo termo *Drittwirkung*, do alemão, significa “efeito perante terceiros”.²¹

Entretanto, para o entendimento do projeto monográfico, é necessário esmiuçar a forma de aplicação dos efeitos provindos do direito fundamental horizontal, ou seja, como é aplicado aos particulares.

A doutrina, de forma ampla, costuma destacar duas formas de aplicação: Forma do efeito horizontal direto: aplicação direta da constituição aos conflitos dos particulares, isto é, de forma imediata; Forma do efeito horizontal indireto: aqui, há uma aplicação mediata das normas constitucionais aos litígios particulares. Percebe-se, neste desiderato, que, indiretamente, é obrigado ao julgador analisar qualquer conflito sob a ótica dos direitos fundamentais, caso contrário, julgará inconstitucionalmente.

O problema científico que este projeto monográfico objetiva responder é: Diante de um processo de execução, quais os limites imputados ao magistrado para a efetivação de um direito fundamental. Lesado o direito, resistido o adimplemento, cabe ao judiciário o monopólio de resolução do conflito. Mas, não basta ter o direito de ingressar ao judiciário, buscando uma prestação jurisdicional, sem que esta seja efetivada. Munido dos requisitos necessários, “caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”²², é oportunizado ao credor iniciar a execução.

2.3 DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

²¹ DIMOULIS, Dimitri. e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 104.

²² Código de Processo Civil de 1973. Art. 580. “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”.

Há a colisão de direitos fundamentais quando uma pessoa, jurídica ou não, no exercício de seu direito, invade a esfera jurídica de outrem, causando-lhe algum dano. Observa-se que, ambos podem estar exercendo direito fundamental, constitucionalmente tutelado, mas, entretanto, exercendo de forma desarrazoada, gerando conflito entre direitos fundamentais.

Em perfeita sintonia ao quanto aludido, Wilson Antônio Steinmetz leciona que:

Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular.²³

Conforme dito em tópico anterior, diante do conflito entre direitos fundamentais, resistida a pretensão, deverá o estado, em posse do poder jurisdicional, prestar guarida ao arrazoado. Entretanto, questiona-se como superar o conflito, já que os direitos fundamentais estão em sede constitucional, igualmente hierárquicas.

Primeiramente, deve-se citar que os direitos fundamentais podem ser classificadas como regra ou princípio. Havendo, conflito entre regras, “o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico”.²⁴ Entretanto, quando tratar-se de princípios, jamais poderá ser declarada a invalidade de um princípio. Diante de um caso concreto, será analisado qual princípio deverá ser sobreposto, diante da aplicação da adequação e proporcionalidade, em sentido lato, conforme adiante será especificado. Ou seja, deve-se observar a condição em que houve o choque, de forma a poder dirimir qual deve sopesar.

Veja-se o celebre entendimento de Robert Alexy:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem procedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da procedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios com o maior peso tem procedência.²⁵

Neste quadro, adota-se a perspectiva da maioria doutrinária: uso do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, para ponderar qual direito fundamental deve

²³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2001, p. 139

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 208

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95

sobrepor. O predito princípio tem origem na Alemanha, sendo amplamente difundido na década de cinquenta.

Salienta-se, ainda, haverem colisões de direito em sentido estrito e em sentido amplo, conforme leciona Gilmar Mendes²⁶. Em *stricto sensu*, gravitam os conflitos dentre os direitos fundamentais, já, no tocante aos impasses, em *lato sensu*, observa-se o conflito de direitos fundamentais versus princípios ou valores que tutelem de interesses comunitários.

Ato contínuo, elucidada o predito autor interessante desmembramento: os conflitos, em sentido estrito, no caso prático, podem versar sobre colisão de direitos fundamentais idênticos, com certos tipos básicos. Assim, aduz que podem haver: a colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa; colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção; colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito; colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático.

De grande importância é a predita subdivisão, principalmente nos dois últimos tópicos. No penúltimo, trata-se de possibilidade de conduta positiva, exercendo o direito, em detrimento de uma conduta negativa, onde é dever da pessoa abster-se de conduta, respeitando o direito de outrem. No tocante ao último tópico, elucidado pelo ex-ministro do STF, é trazido a lume que, inúmeras vezes, o aspecto jurídico de um direito fundamental não coaduna com o aspecto fático.

2.4 DA SUPERACÃO DO CONFLITO: INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO

Para falar sobre a técnica da ponderação é imprescindível entender que não existe direito fundamental absoluto, todo direito, ainda que fundamental, apresenta limites

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 267

que se traduzem na existência de outras normas. A harmonia do ordenamento jurídico reside, justamente, na existência destes limites.

A partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que o direito de propriedade é consagrado como garantia fundamental, entretanto a função social se apresenta como limite a este direito. Além disso, o direito à vida também é um direito fundamental, entretanto, o código penal permite o aborto em algumas hipóteses específicas, trata-se da dignidade da pessoa humana que, nesse caso, funciona como limite ao direito à vida.

Apenas estes argumentos já seriam suficientes para constatar a inexistência de direitos fundamentais absolutos. Essa premissa permite concluir, também, que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Mas não é só isso, para entender melhor tal afirmação é pertinente uma análise minuciosa sobre o tema em voga.

Nessa esteira, nota-se que os direitos fundamentais possuem caráter “relativo”. Esse caráter relativo pode ser verificado, também, diante de situações de conflito entre direitos, sendo que os conflitos podem ser direto ou indireto conforme escrevem Dimoulis e Martins.

A referência genérica a conflitos envolvendo direitos fundamentais impõe dois esclarecimentos. Primeiro, devemos fazer uma distinção segundo o tipo de conflito. Muitas vezes há um conflito direto entre titulares de direitos, como no caso da colisão entre a liberdade imprensa e o direito à intimidade. Por outro lado, a doutrina afirma que o conflito pode também ocorrer entre um direito fundamental e um interesse geral constitucionalmente tutelado, como é a segurança pública, a proteção ambiental etc. pode haver também um conflito entre um direito fundamental e um interesse (pelo menos em primeira linha) “estatal em sentido estrito” como a proteção da imagem e a capacidade funcional dos órgãos estatais.²⁷

Nota-se que, diante de conflitos entre direitos fundamentais, alguma norma deverá prevalecer enquanto outra deverá sucumbir, ou seja, será automaticamente relativizada. Isso deixa claro que não é possível conceber a ideia de um direito fundamental absoluto.

Todos os direitos fundamentais limitam-se mutualmente, pois o direito de uma pessoa ou grupo, necessariamente, produz efeitos na sociedade, por isso não há como defender que o exercício de um direito funcione sem limites constitucionais.

Nesse sentido o autor Antônio Francisco de Souza afirma que:

²⁷ DIMOULIS, Dimitri. e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 134.

O exercício de direitos fundamentais gera necessariamente colisões com outros direitos fundamentais ou com interesses dignos de proteção constitucional de terceiros. O exercício de qualquer direito fundamental está, pois, sujeito á limites internos (ou imanentes).²⁸

Nesse diapasão, entende-se que diante da colisão entre direitos fundamentais é necessário harmonizar as posições jurídicas envolvidas, de forma que a eficácia constitucional de todas elas permaneça salvaguardadas. Trata-se, portanto, do princípio da unidade do ordenamento jurídico.²⁹

Ocorre que, a questão é mais complexa do que aparenta, pois diante do conflito entre direitos fundamentais será necessário aplicar a técnica da ponderação em busca da solução mais adequada. No que se refere à técnica da ponderação em caso de colisão entre direitos fundamentais, cumpre tecer breves comentários acerca deste instituto.

Alguns autores descrevem a ponderação com o sendo uma forma de aplicação dos princípios.³⁰ Há, ainda, quem defenda como Dworkin, “que os princípios operam em uma dimensão de peso, ao passo que as regras obedecem a uma lógica do tudo ou nada”.³¹

Pensar na ponderação como solução para a colisão entre direitos exige mais do que pensar em regras e princípios, é necessário analisar a Constituição Federal como um todo, além de entender o que são cláusulas pétreas, isso porque o presente estudo trata da colisão entre direitos fundamentais o que torna a ponderação ainda mais cautelosa, já que não existe hierarquia entre estes direitos.

O art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88³² deixa claro que não poderão ser abolidos, através de emendas constitucionais, os direitos e garantias individuais. O referido artigo traz o conceito de cláusula pétrea. É dizer que, quando se fala que determinado direito individual constitui uma cláusula pétreas, o que está se dizendo é que tal direito não pode ser retirado da Constituição, através de uma Emenda Constitucional, por

²⁸ SOUZA, Antônio Francisco. **Reuniões e Manifestações no Estado de Direito**. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 2011, p. 97.

²⁹ Ibidem, p. 98.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2005, p. 24.

³¹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously, p. 24-26, Apud ALVES, Nadia Castro. **Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação**. *Revista Meritum*. V. 5. Belo Horizonte. Jan./Jun 2010, p. 29.

³² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

exemplo. Isso não quer dizer que este direito seja absoluto ou que seja hierarquicamente superior a outros direitos.

Não há dúvidas que, diante da colisão entre direitos, é fundamental analisar os valores ligados à dignidade da pessoa humana, conforme já devidamente aludido em oportuno tópico, entretanto, salienta-se que os direitos fundamentais possuem limites ligados a outros direitos consagrados pela própria Constituição. Se não fosse, seria inviável admitir o aborto, seja qual fosse a situação, pois o direito à vida seria sempre hierarquicamente superior a qualquer outro.

Além disso, é preciso entender que, por serem normas com força constitucional, os direitos fundamentais só podem ser restringidos em razão de outras normas, também constitucionais. Tal afirmação fortalece o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes ao afirmar que a Constituição é um complexo normativo harmônico.³³

A técnica da ponderação conforme se refere alguns autores, a exemplo de Humberto Ávila, que propõe a aplicação da ponderação de forma estruturada, desaguando em uma análise mais precisa e coerente ao analisar o problema em questão.

Segundo o predito Autor, há uma espécie de escada, fases, onde, em primeiro lugar, “prepara-se” a ponderação. Neste momento, “devem ser analisados todos os elementos e argumentos o mais exaustivamente possível”³⁴. Indubitável a necessidade de tal análise, que, objetivamente, arrecada todo o conteúdo possível antes de realizar uma análise crítica.

Ato contínuo, dever-se-á realizar a ponderação propriamente dita. Observar-se, agora, a relação existente entre os “elementos objeto de sopesamento”. Assim, após serem arrecadados todos os elementos necessários, devem ser comparados, atribuindo primazia à um elemento, princípio, objeto, em detrimento de outro.

Por fim, e de grande importância, o predito mestre sugere que se deve analisar o padrão utilizado para privilegiar o elemento enaltecido, reconstruindo a ponderação,

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 89.

³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p.146.

“mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso”³⁵.

Por oportuno, cumpre tecer alguns esclarecimentos: a supramencionada técnica não tem o condão de resolver qualquer conflito, não há a pretensão de utilizar uma fórmula, mas sim um caminho, aberto, onde objetiva-se uma análise sistematizada. Leia-se a explicação nas palavras do nobre autor:

Nem a ponderação nem a concordância prática indicam, porém, os critérios formais ou materiais por meio dos quais deve ser feita a promoção das finalidades entrelaçadas. Consubstanciam-se estrutura exclusivamente formais e despidas de critérios.³⁶

Há de citar, também, os ensinamentos do professor alemão Robert Alexy, se destina a solucionar o conflito entre direitos fundamentais, ou entre regras e princípios. Nessa estreita, cumpre colacionar as palavras de Nadia Castro Alves sobre o assunto.

A técnica da ponderação se destina a solucionar antinomias que, na verdade, refletem conflitos muito mais complexos, envolvendo valores e diferentes opções políticas. Nestes casos, as decisões jurídicas não são tomadas com base em simples subsunção (produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) ou de forma facilmente perceptível, uma vez que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto jurídico.³⁷

Nádia Castro Alves, advogada e professora da PUC-SP, escreve que:

As regras da ponderação permitem apenas orientar racionalmente um caminho em busca da solução mais correta para um problema concreto, não acarretando, necessariamente, no sucesso da decisão. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da solução a ser encontrada pelo aplicador do direito, tendo em vista que concilia dois valores primordiais: a segurança jurídica e a justiça, sendo certo que o ponto de contato entre eles se dá com a decisão razoável, justificada por meio de uma argumentação.³⁸

Nesse sentido, conclui-se que a ponderação, em regra, permite que se encontre a solução mais justa ao caso concreto, tendo em vista que além de se basear no princípio da proporcionalidade, a ponderação atende as máximas da adequação e da necessidade.

³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 146/7.

³⁶ Ibidem, loc. cit.

³⁷ ALVES, Nadia Castro. **Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação**. *Revista Meritum*. V. 5. Belo Horizonte. Jan./Jun 2010, p. 33-4.

³⁸ Ibidem, loc. cit.

Para entender como funciona a ponderação entre direitos fundamentais é necessário entender de que forma as máximas da necessidade e da adequação, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são utilizados.

Cumpra trazer à tona um caso concreto apresentado por Robert Alexy, a fim de que possa se alcançar uma melhor compreensão sobre a técnica da ponderação entre direitos fundamentais. Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, um cabeleireiro colocou, sem permissão, uma máquina automática de cigarros em seu estabelecimento comercial e por conta disso acabou sendo multado administrativamente por descumprir a Lei Alemã do comércio e varejo, pois a lei exige que para que uma permissão seja concedida é necessário a comprovação de expertise. Nesse caso a colisão é entre o direito de proteção do consumidor e o direito à liberdade profissional.³⁹

Na situação pontuada por Robert Alexy, o Tribunal Constitucional verificou que a exigência de expertise para exploração de uma máquina automática viola o direito à liberdade profissional, pois tal exigência não é adequada para garantir a proteção do consumidor contra prejuízos econômicos e à sua saúde. Ou seja, a exigência viola a máxima da adequação⁴⁰.

Com relação à máxima da necessidade, Alexy pontua que “ela exige que dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de forma menos intenso”.⁴¹ Para visualizar de que forma a máxima da necessidade é avaliada para fins de ponderação, Alexy utiliza em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, o seguinte exemplo:

Uma portaria do Ministério da Juventude, Família e Saúde continha a proibição de comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, era feitos, sobretudo, de flocos de arroz e não eram, portanto, produtos genuinamente de chocolate. O objetivo dessa portaria era proteger o consumidor de compras equivocadas. O tribunal Constitucional Federal observou que uma proibição de comercialização de mercadorias seria inteiramente adequada para proteger o consumidor. (...) No entanto, a proibição de comercialização não seria necessária. Haveria uma mediada igualmente adequada e, ao mesmo tempo, menos invasiva. Um dever de identificação no rótulo poderia combater o perigo de confusões e equívocos de maneira igualmente eficaz, mas de forma menos invasiva.⁴²

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros. 1986, p. 589.

⁴⁰ Ibidem, p. loc. cit.

⁴¹ Ibidem, p. 590.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros. 1986, p. 590.

Diante do exemplo usado por Robert Alexy, nota-se que o direito a proteção do consumidor é satisfeito por qualquer uma das duas medidas possíveis (identificação no rótulo ou proibição da venda). O mesmo não ocorre com o direito à liberdade profissional, tendo em vista que a proibição de comercializar, em que pese adequada para garantir a proteção ao consumidor, interveem de forma muito invasiva no direito à liberdade profissional, o que não é necessário, já que existe outra medida também capaz de satisfazer o direito à proteção ao consumidor.

As máximas da adequação e da necessidade se orientam pelo princípio da proporcionalidade, conforme pontua José Sérgio da Silva Cristóvam: “a proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial”.⁴³ Cristóvam afirma, ainda que: “pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida”.⁴⁴

Ainda sobre a proporcionalidade, tem-se que este princípio está diretamente ligado à razoabilidade, e se caracteriza pela adequação entre meios e fins, ou seja, as medidas adotadas devem ser necessárias para atender ao interesse público⁴⁵.

Cumpra, ainda, diante do exposto, indicar o entendimento de parte da doutrina, como Humberto Ávila, que entende haver um postulado: proibição de excesso. Trata-se de limite à “restrição excessiva de qualquer direito fundamental”.⁴⁶ Cita que é um postulado superior aos princípios, inclusive o da proporcionalidade, de forma que deve ser analisado com primazia toda vez que houver direito fundamental envolvido.

A realização de uma regra ou princípio não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir imposto) não pode implicar a possibilidade de aplicação de outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).⁴⁷

⁴³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba. Editora Juruá, 2006. p. 211.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁵ Lei nº 9784 de 1999. Art. 2º “[...], parágrafo único [...], IV- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 147.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 148.

Conclui o pensamento aduzindo que não se precisa utilizar critérios de adequação, necessidade, proporcionalidade, quando houver restrição abrupta aos direitos fundamentais de uma pessoa. Ou seja, exemplificando, não se pode restringir a liberdade de uma pessoa, ao mínimo, não sendo necessária a análise do direito contraposto.

Parece ser desacertado o entendimento supramencionado. Data vênia, a proporcionalidade, como visto alhures, deve sempre ser aplicada, até porque, no caso prático, poder-se-á estar diante de direitos fundamentais em conflito, como é o caso da prisão por inadimplência ao pagamento de alimentos ao menor. Assim, há de restringir a liberdade do inadimplente, já que o direito fundamental à vida, que só pode ser alcançado mediante o alimento, tem relevância maior do que a liberdade do executado.

3 DA EXECUÇÃO INDIRETA

O presente capítulo objetiva esclarecer o instituto da execução indireta. Para tanto, far-se-á um recorte, falando, inicialmente sobre o direito que todo cidadão tem, qual seja, a prestação jurisdicional efetiva, onde é dever do Estado resolver os conflitos à ele apresentado, conforme já aludido no capítulo anterior.

Ocorre que, de nada adianta o Estado acolher a postulação do requerente e não tornar efetiva a decisão, trazendo o bem da vida ao dono do direito. Assim, observa-se o procedimento/processo de execução como meio para que o postulante possa ter adimplida a decisão jurisdicional, notadamente em casos onde o sucumbente se nega a cumprir espontaneamente sua obrigação.

3.1 DIREITO A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E A EXECUÇÃO

Em apertada síntese, Fredie Didier elucida o conceito de jurisdição, afirmando ser a função atribuída “a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)”.⁴⁸

Já Teori Albino Zavascki esclarece que a atividade jurisdicional é “aquela destinada a *formular juízo a respeito da incidência ou não de uma norma abstrata*”⁴⁹. Menciona, ainda, que ao exercer a supramencionada atividade, o Estado deve, primeiro, reunir as provas que podem ter havido incidência, observando no ordenamento pátrio a norma correspondente ao ato/fato. Por fim, declarar os efeitos jurídicos decorrentes do ato/fato, ou, ainda, declarar que sobre o ato/fato aludido na demanda, não há preceito normativo alvitado.⁵⁰

Entretanto, superado o conceito de jurisdição, cumpre preocupar-se com a efetivação da tutela jurisdicional, e não somente com a prestação ideal. Assim, o direito à prestação jurisdicional efetiva trata-se de espécie de direito fundamental, trazendo

⁴⁸ DIDIER Jr, Fredie **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2012, p. 95

⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo. Editora RT, 2003, V. 8, p. 117.

⁵⁰ DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p.

garantias constitucionais ao processo. Desde a Constituição Federal de 1946 é dada atenção ao tema em destaque, tendo o artigo 141⁵¹ lecionado que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”⁵²

Em pertinente entendimento, o Ex. Ministro Joaquim Barbosa menciona que a lesão não precisa, necessariamente, ter o Poder Público como agente, mas, como visto anteriormente, após lesionado direito, ou, ainda, ameaçado, é dever do Estado garantir a prestação jurisdicional – trata-se de nítida eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁵³

O processualista Antônio Adonias, em atenção à efetividade da prestação jurisdicional, traz pertinente entendimento, “A natureza jurisdicional de atividade satisfativa evidencia-se pela necessidade de solucionar uma lide pelo caráter substitutivo da decisão em relação à vontade das partes”.⁵⁴ Assim, esclarece o predito autor que o ordenamento pátrio, por motivos políticos, ao resguardar para si a prestação jurisdicional, passou a substituir “a vontade e atuação das partes envolvidas no conflito”.

Coadunando com o entendimento do predito processualista, Chiovenda leciona que:

A função do Estado tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar da existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.⁵⁵

O professor baiano, Fredie Didier, denomina o predito instituto como o Direito fundamental à inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário. Cita, também, que deve ser compreendido como princípio, constante no artigo 5º da vigente Carta Magna.⁵⁶

Por meio do direito de ação, todo cidadão tem direito a obter tutela jurisdicional, havendo intrínseca relação entre o requerimento e a apreciação, ou seja, poder

⁵² Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Art. 141. “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes[...]”.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 438

⁵⁴ BASTOS, Antônio Adonias. **Teoria Geral da Execução**. Salvador. Editora JusPodivm. 2010, p. 18

⁵⁵ GIUSEP, Chiovenda. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1969, V. 2, p. 3

⁵⁶ DIDIER Jr, Fredie **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2012, p. 111.

peticionar e obter uma resposta ao pleito. Salienta-se que não se trata de ter a matéria postulada deferida, mas, tão somente, a obrigação que o Estado tem de receber o pleito e analisar, e, por fim, proferir decisão devidamente fundamentada.

Assim, tal princípio “garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados as peculiaridades da situação do direito material”⁵⁷. Oportuno reiterar o pensamento do citado autor: são necessários os meios executórios adequados, devidamente adaptados a situação prática trazida pela vida.

A prestação jurisdicional deve ser efetiva, senão torna-se inócuo todo o processo. O princípio constitucional processual da efetivação, decorrente do princípio do devido processo legal, elucida que todo processo deve ser efetivo. O conjunto de atos concatenados para que haja um fornecimento de tutela Estatal só tem sentido se o objeto da decisão, perquirido pelo demandante, possa ser entregue à este último.

Segundo o processualista Guilherme Marinoni, “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito”⁵⁸. Em obra diversa, continua o entendimento aduzindo que “é impossível, não há como outorgar legitimidade, no Estado contemporâneo, a um processo que se limite a declarar direito, rejeitando a atividade executiva”.⁵⁹

O entendimento não é isolado, mas sem corroborado na doutrina. Leia-se os ensinamentos do desembargador Araken de Assis:

É preciso, porque houve lesão, algo mais do que certificar ao demandante sua razão – coincidência entre a pretensão, deduzida na demanda, e o comando genérico do ordenamento, quiçá especialmente criado para a lide específica -, para eliminar de vez o conflito. A extinção efetiva da lide dependerá da atuação do comando concreto expresso no *dictum* do juiz.⁶⁰

Assim, não basta que seja cumprido o artigo 5º da CF, XXXV, onde “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas, em verdade que

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. São Paulo. Editora RT. 1987, p. 30.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 61.

⁶⁰ ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 76

seja aplicado o princípio da efetividade (que será objeto de análise futura), tornando real e palpável o direito legítimo.

Percebe-se, desta forma, que a execução é o procedimento/processo necessário para se obter a efetiva prestação jurisdicional, diante de resistida pretensão do Réu/executado. Entretanto, cumpre esclarecer, de forma precisa, sobre o que se trata a execução.

A execução, em sua origem, tinha como objetivo a persecução do patrimônio do devedor, desta forma, havia um caráter estritamente patrimonial. Ocorre que, atribuir à Execução o conceito de meio para transferência patrimonial é completamente inapropriado nos dias atuais. Alude Marinoni, em celebre entendimento, ser a execução “forma ou ato que, praticado à luz da jurisdição, é imprescindível para a realização concreta da tutela da tutela jurisdicional do direito, e assim para a própria tutela prometida pela Constituição e pelo direito material”.⁶¹

Teori Albino diz ser, por meio da execução busca “promover o cumprimento forçado da norma jurídica concreta”⁶², onde o título executivo decorre de sentença, sendo denominado de título executivo judicial, ou, ainda, em decorrência de outro ato jurídico, tornando o título executivo extrajudicial o elemento essencial para a execução, por meio de processo autônomo.

Em breve resumo, o verbo executar remonta a ideia obrigar alguém a cumprir algo que está entabulado, firme. Assim, executar-se-á direito líquido e certo, onde não há mais discursão sobre a materialidade do direito. Cumpre, ainda, sucinta classificação, onde “A execução pode ser *espontânea*, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou *forçada*, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado”.⁶³

O presente trabalho monográfico, como dito anteriormente, tem enfoque na execução forçada, onde o devedor é coagido, por meios indiretos, ao adimplemento da obrigação. Isto posto, superar-se-á as demais classificações, como execução

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 70

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo. Editora RT, 2003, p. 117

⁶³ DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p. 28

processo ou fase, ou, ainda, definitiva ou provisória, passando-se à análise da classificação que o tema pretende enfrentar: execução direta e execução indireta.

3.2 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE A EXECUÇÃO DIRETA E INDIRETA

A execução, como dito anteriormente, é o meio pelo qual o credor, através do judiciário, satisfaz o seu direito. Admite-se, no ordenamento brasileiro, duas formas de execução, quais sejam: a execução direta e a execução indireta.

Na execução direta o Estado ocupa o lugar do devedor, é a chamada execução por sub-rogação. Isso porque, como o devedor não entrega o bem ao credor o judiciário, no exercício da prestação jurisdicional, diretamente, invade do executado, realizando penhora on-line ou alienação de bens, por exemplo, para garantir o adimplemento da obrigação.

Nas palavras do professor baiano Fredie Didier Jr, a execução indireta é:

[...] aquela em que o poder judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição de sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro.⁶⁴

O que Fredie Didier Jr quer dizer é que na execução direta as medidas executivas ocorrem ainda que contra a vontade do executado, buscando a efetivação do direito do exequente. Nota-se que a vontade do executado é irrelevante.⁶⁵

Além disso, cumpre ressaltar que existem alguns meios de execução direta, são eles: o desapossamento; a transformação; e a expropriação. O primeiro (desapossamento) consiste na busca e apreensão da coisa e segundo Didier é um meio muito utilizado para efetivar o dever de entrega da coisa.

Por sua vez, a transformação é a alteração de uma obrigação de fazer em uma obrigação de pagar, conforme preconiza o art. 634 do CPC66. Por fim, tem-se que a

⁶⁴ DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p. 34.

⁶⁵ Ibidem, p. 35.

⁶⁶ Código de Processo Civil de 1973. Art. 634. “Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exequente, decidir que aquele o realize à custa do executado. Parágrafo único. O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado”.

expropriação se caracteriza pela conversão do bem em dinheiro, como, por exemplo, a alienação.

No tocante aos meios da execução direta escreve Araken de Assis:

Execução de entregar coisa certa e de direitos reais, o desapossamento importa atividade simples e imediata. Tudo se resume a procurar, se a coisa for móvel, encontrar, tomar e entrar a *res* ao exequente.⁶⁷

Sobre o tema em voga, Araken ensina que a transformação é o meio pelo qual o executado tem sua esfera patrimonial invadida para satisfação de uma obrigação de fazer fungível ou de direitos à ela equiparados. Já a expropriação, é o meio de execução direta que tem início com a “afetação de semelhante parcela aos destinos do processo executivo, que é a penhora”.⁶⁸ Para Araken se a constrição atinge dinheiro a expropriação pode se desenvolver de quatro formas distintas: adjudicação; alienação; por iniciativa do particular; alienação em hasta pública; e usufruto.

Superada a noção sobre execução direta, cumpre tecer algumas notas sobre a execução indireta. Essa se caracteriza pela coerção ou pelo incentivo, havendo um prêmio ao devedor que se decline ao cumprimento da obrigação. É dizer que, a obrigação será cumprida através da imposição de medidas coercitivas, como a imposição de multas diárias, por exemplo.

Acerca da execução indireta cumpre colacionar as palavras de Fredie Didier e demais autores:

Os meios executivos de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo com uma espécie de estímulo ao cumprimento da prestação. Essa coerção pode dar-se pelo medo (temos), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, como é o caso das chamadas sanções premiadas, de que serve de exemplo a isenção das custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.⁶⁹

A execução indireta, em seu caráter punitivo, pode ser patrimonial ou pessoal. Na patrimonial a coerção recai sobre os bens do executado. Já na execução indireta pessoal o que está em jogo é a pessoa do devedor. Nesse sentido, a multa está para a execução indireta patrimonial, assim como a prisão civil está para a execução indireta patrimonial.

⁶⁷ ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 149.

⁶⁸ Ibidem, p. 150.

⁶⁹ DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p. 35.

Para Araken a execução indireta é o meio executório mais antigo, institucionalizado desde o direito romano. Entretanto, naquele tempo a execução indireta caracterizava-se pelo emprego da força sobre o obrigado (executado). A coerção no direito romano poderia ser, até mesmo, a sanção de morte em praça pública. Naquela época prevalecia, notadamente, a execução indireta pessoal, pois a coerção recai sobre a pessoa do devedor.⁷⁰

Sobre o instituto da execução indireta escrevem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhar:

A execução indireta, também chamada de coerção indireta, não realiza, por si só, o direto material, mas apenas atua sobre a vontade do devedor com objetivo de convencê-lo a adimplir. Constitui exemplo de execução indireta a multa, com objetivo de convencer o demandado ao cumprimento.⁷¹

Diante do esposado, nota-se que a doutrina faz distinção entre a execução direta e a execução indireta, sendo que na primeira o judiciário atua diretamente, substituindo o devedor, buscando o adimplemento da obrigação através da penhora ou na alienação, por exemplo. Já na segunda, o judiciário investe no psicológico do devedor através de meios coercitivos que afetarão seu patrimônio ou a sua pessoa.

Sobre o tema em voga adequadas são as palavras de Marcelo Lima Guerra:

Tanto a execução forçada, ou execução por sub rogação, como também a execução indireta, ou execução por coerção indireta, são técnicas distintas de atuação prática dos direitos, portanto, postas a serviço da mesma modalidade de tutela jurisdicional, a saber a prestação da tutela jurisdicional executiva.⁷²

Cumprе salientar que não existe hierarquia entre as formas de execução direta ou indireta. Para o professor Fredie Didier a forma de execução deverá ser aquela que se mostrar mais adequada para efetivação do direito, independentemente da obrigação ser fungível ou infungível. É dizer que, não é correto restringir a execução direta apenas para as obrigações que sejam infungíveis.⁷³

Nessa estreita, conclui-se que tanto a execução direta quanto a indireta buscam dar efetividade à tutela dos direitos, seja coagindo o devedor ao adimplemento, em razão

⁷⁰ ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 144.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 71.

⁷² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo. Editora RT. 2003, p. 41.

⁷³ DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p. 38.

da imposição de multa ou através de ameaça a restrição da sua liberdade (prisão em decorrência do não pagamento de pensão alimentícia), ou diretamente, com a sub-rogação do Estado-juiz na posição do devedor, interferindo no patrimônio deste para satisfazer o direito do exequente.

3.2.1 A execução indireta e suas características

A execução por coerção indireta, onde é importante a vontade do executado, em regra, decorre de uma decisão mandamental, sendo essencial o animus do executado. Superado o comparativo e a breve conceituação da execução direta e indireta, passa-se a adentrar ao estudo da execução indireta, de forma a possibilitar a resolução do debate em questão.

Denomina-se execução indireta pelo fato do Estado não se sub-rogar na vontade do devedor, mas sim, indiretamente, estimulá-lo ao cumprimento, tratando-se de medidas de apoio, como denomina Cassio Scarpinella.⁷⁴ Entretanto, a execução indireta, cumpre elucidar, não se limita a forçar o devedor ao cumprimento da obrigação apenas por sanções castigo. Há, ainda, a possibilidade de trazer à tona as sanções premiaias, estimulando o inadimplente ao cumprimento por trazer-lhe benefícios.

Essa divergência entre beneficiar ou prejudicar a pessoa para que cumpra certa conduta foi objeto de inúmeros estudos, podendo observar uma nítida correlação entre o modelo estatal. Noberto Bobbio, um dos precursores do ideal em que não se objetiva trazer prejuízo ao réu, mas sim um incentive benéfico, leciona que a os meios para que se cumpram as leis decorrem de nítido reflexo da organização estatal. Assim, os Estados possuem características nitidamente punitivas ou premiaias. Conforme leciona o professor italiano:

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao Segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.⁷⁵

⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. 6 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013, p.61.

⁷⁵ BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**. Daniela Beccaccia (trad.). São Paulo. Manole. 2007, p. 15.

O predito autor, ao retratar o reflexo das políticas do Estado ao ordenamento jurídico, define, de forma brilhante, características intrínsecas ao caráter punitivo ou premial. Quando o Estado possui a repressão como norteador, tendencialmente aplicar-se-á a execução indireta pela sua vertente repressiva, impossível, difícil ou desvantajosa a inadimplência do executado. Entretanto, tratando-se de Estado, e, conseqüentemente, ordenamento jurídico tendente ao caráter promocional, busca-se que o executado perceba que sua conduta é necessária, fácil e vantajosa.

Cumpra, ainda, esclarecer que não se limita a execução indireta às obrigações onde o bem perseguido tem característica infungível, podendo ser aplicado tal instituto para a obtenção de bens fungíveis. De fato, há maior tendência para aplicar a execução indireta diante de obrigações de fazer ou não fazer, mas, diante do objetivo do processo, qual seja, trazer resultado eficiente ao postulante que teve seu direito lesionado, “A forma de execução será aquela que for mais adequada para a efetivação do direito, seja fungível ou infungível a obrigação, pois não há entre elas qualquer hierarquia”⁷⁶

Ainda no tocante as execuções indiretas, a doutrina moderna realiza a seguinte subdivisão: as execuções patrimoniais e as execuções pessoais. Cumpra, neste momento, apenas trazer sumariamente as características de cada, não debruçando maiores enfoques, já que serão tratados em tópicos autônomos posteriormente.

Primus, no tocante a constrição patrimonial, tem-se, como principal instituto a *astreinte*, de origem francesa. Parte-se, inicialmente, da premissa de que tais constrangimentos não possuem caráter indenizatório para a vítima, e sim uma forma de forçar o devedor a adimplir o quanto determinado na decisão. Sobre esta premissa, o Código de Processo Civil positivou que o magistrado poderá determinar “providências que assegurem o resultado prático”.⁷⁷

Observa-se que, a multa pode ser cumulada com perdas e danos, já que a *astreinte* não possui caráter indenizatório. Ou seja, percebido que a inadimplência do executado gerou danos ao exequente, pode-se cumular a multa diária à uma multa

⁷⁶ DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p. 38.

⁷⁷ Código de Processo Civil. Art. 461. “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. [...] §2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”.

indenizatória ou reparatória. Assim, qualquer constrição, inclusive pela multa, tangencia o bem da vida requerido pelo exequente, não configurando, diretamente, benefício ao credor. Em verdade, o desrespeito é ao órgão jurisdicional, fazendo com que parte da doutrina afirme que o valor arrecado, nos casos de multa, seja revertido ao Estado, e não ao particular exequente. Leia-se o quanto exposto por Marinoni e Arenhart:

Em termos lógicos jurídicos, parece não haver dúvida de que a multa deva reverter para o estado, uma vez que não há racionalidade em o lesado receber o valor que não diz respeito ao dano sofrido.

[...]

De qualquer forma, é preciso admitir que o direito brasileiro, diante do teor do art. 461 do CPC, que afirma que 'a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa', entende que, assim como a indenização, a multa é devida ao autor.⁷⁸

Veja-se, ainda, o quanto exposto pelo professor Antônio Adonias Bastos, no que se refere a aplicação da multa:

Ao estipular uma multa diária para a hipótese de descumprimento de uma obrigação de fazer, o magistrado não está substituindo a tutela específica pela sanção pecuniária. A prisão civil do devedor de prestação alimentícia também não o exime de pagá-la, nem lhe dá quitação. Tanto numa quanto em outra situação, pressiona-se o executado para que ele mesmo realize o adimplemento. Nestes casos, o Estado não se sub-roga na conduta que deve ser adotada pelo réu.⁷⁹

Nesse sentido é oportuno evidenciar o entendimento dos tribunais do Rio Grande do Sul no Recursp. Cível nº 71004004230⁸⁰, esclarecendo o núcleo do instituto debatido aqui, conforme notas.

Ocorre que, inúmeras vezes, a multa pecuniária arbitrada para o cumprimento da obrigação não é suficiente para incentivar o réu à adimplência. Dessa forma, passa-se a debater quais os limites impostos ao julgador. Reitere-se que, esse problema ocorre, exclusivamente, nas execuções indiretas, já que, nas execuções diretas, como

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 75.

⁷⁹ BASTOS, Antônio Adonias. **Teoria Geral da Execução**. Salvador. Editora JusPodivm. 2010, p.61

⁸⁰ IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA COERCITIVA. ASTREINTE. EXCESSIVIDADE NÃO EVIDENCIADA. O recorrido teve concedida medida liminar determinando o restabelecimento da linha telefônica, tanto para efetuar chamadas como para receber, a qual foi confirmada na sentença. Contudo, a recorrente não logrou efetuar o restabelecimento da linha do autor dando ensejo à fixação da multa pelo descumprimento da ordem judicial. 2. A *astreinte* não possui natureza compensatória ou mesmo remuneratória, visando unicamente coagir o devedor ao cumprimento da ordem judicial determinada. Assim, [...]. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Recurso Cível : 71004004230 RS).

aludido anteriormente, o Estado suprime a vontade do devedor, dando efetividade ao processo de execução.

Novamente, frise-se que a multa não é em função ao descumprimento do pedido do autor, mas sim em decorrência do descumprimento da decisão mandamental. Desta forma, o valor da multa atribuída, *astreinte*, não se limita ao valor do bem solicitado na petição inaugural, mas sim ao quanto será necessário para que o devedor cumpra ao quanto determinado, conforme entendido pela doutrina, leia-se: a multa periódica deve ter valor suficientemente convincente, sendo oportuno ao executado cumprir a ordem judicial do que, além de cumpri-la posteriormente, ter acrescido o valor da multa.

Veja-se ainda, o quanto exposto mestre Araken de Assis no tocante ao termo da *astreinte*, na obra Manual da Execução:

O termo inicial desta multa é o vencimento do prazo para cumprimento, fixado pelo juiz na ação executiva, derivada do efeito condenatório (art. 632), ou decorrente da lei (art. 621, caput), na execução da eventual liminar (art. 461, PARAGRAFO 4º, in fine, c/c arts. 287 e 461-A), na de título judicial (475 –I, caput, 1.ª parte c/c arts. 461 e 461-A), provisória ou definitivamente, ou na execução fundada em título extrajudicial (art. 645 e art. 621, parágrafo único); e, segundo, o valor da pena ignora limites, podendo e, quase sempre, de- vendo ultrapassar a medida econômica da prestação, sujeitando-se a modifica- ções.⁸¹

Entretanto, mesmo em um país capitalista, nem sempre a redução patrimonial do devedor, por meio de multa, em decorrência do descumprimento da decisão mandamental, é suficiente para que se obtenha a efetividade no processo. Há casos em que o executado não possui dinheiro, e, diante de uma obrigação, a multa não terá resultado positivo, restando inócuas as tentativas de constrições patrimoniais.

Evidencia-se, por tanto, que embora muito efetiva, diante de casos esporádicos, a multa será inofensiva: seja pelo fato do devedor ter muito dinheiro, ou por não ter dinheiro algum – em ambos, a função pedagógica da multa será infrutífera. Passa-se assim, a buscar meios mais eficazes de cumprimento da ordem judicial, acarretando na efetividade processual.

O ordenamento jurídico alemão, objetivando solucionar o problema da eventual ineficiência da multa pecuniária, desenvolveu o *Zwangsgeld/Ordnungshaft*. Tal

⁸¹ ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 143.

instituto almeja o cumprimento da decisão, e, caso inadimplida, prende-se o executado. A prisão tem como limite o valor da multa e o tempo da pena.⁸²

Entretanto, observa-se inaplicável ao ordenamento pátrio, em decorrência de suposta impossibilidade de prisão civil para cumprimento de decisão. Registrada a necessidade de se ter um resultado efetivo do processo de execução, tornando-o frutífero, volta-se a questionar qual o limite coercitivo, bem como, até que ponto pode-se adentrar na esfera particular do devedor.

Resta evidente que a multa não é um meio coercitivo imune as áleas encontradas no dia a dia dos magistrados. Não foi à toa que o ordenamento, conforme já demonstrado, autoriza os julgadores a utilizarem os meios necessários ao cumprimento da decisão.

O ordenamento pátrio, em grau constitucional, permitiu a prisão civil como forma de coagir, indiretamente, o inadimplente ao cumprimento da obrigação. Entretanto, é bem verdade que o mesmo diploma legal limitou os casos onde são possíveis as prisões, conforme art. 5º, LXVII.⁸³

Interpretando o dispositivo legal supramencionado, deve-se fazer uma análise precisa e literal, entendendo o animus do legislador. Atente-se que, é proibida a prisão civil por dívida, salvo as exceções indicadas pelo inciso LXVII.

Conforme visto anteriormente, os meios indiretos para obter a efetividade da execução não compõem a dívida. São meios utilizados para que seja cumprida a decisão mandamental.

Diante desta interpretação, questiona-se a possibilidade da prisão civil para o cumprimento de ordem judicial, que, por meio indireto, force o devedor a pagar a dívida. Em grau exemplificativo, preso o réu, não estará sendo adimplida a dívida, mas tão somente sofrendo uma constrição pessoal por desrespeito a ordem judicial.

⁸² ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 141/2.

⁸³ Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Tamanho a sabedoria das palavras de Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, deve-se ser trazido a lume o quanto exposto na obra “Curso de Processo Civil V. 3”, onde é afirmado que:

A interpretação do art.5.º LXVII, da CF, deve ser alçada a um nível que considere os Direitos Fundamentais, deixando-se claro que, apesar de ser necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio, muitas vezes o uso do meio de prisão pode ser imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.⁸⁴

De preciosa importância é o quanto exposto pelos mencionados autores. Deve-se interpretar o ordenamento jurídico com a lupa da efetividade, juntamente com a dignidade da pessoa humana, objetivando a justiça! Diante de devedores profissionais, blindados por testas-de-ferro, munidos de ardilosas manobras, é dever do magistrado, por meios indiretos, perseguir o resultado prático processual, que nem sempre é possível por meios de aplicação de multa.

Não somente os preditos autores coadunam com o quanto exposto, Marcelo Lima Guerra, em sua obra *Execução Indireta*, expôs o seguinte:

Encarada a prisão como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade, uma exegese que restrinja a vedação do LXVII do art. 5º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito preserva substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente as possibilidades de se empregar a prisão civil como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional.⁸⁵

De um lado, o direito fundamental de liberdade do inadimplente, do outro, direito fundamental à prestação jurisdicional do credor. Não somente isso: a prestação jurisdicional persegue o direito do credor de ir ao judiciário, que eventualmente pode incidir sobre direito fundamental.

Destaque-se, ainda, a possibilidade de prisão em decorrência do descumprimento da ordem judicial fundada no art. 461, §5 do CPC.⁸⁶ Lendo o predito artigo, observa-se o princípio da concentração dos poderes de execução nas mãos do magistrado. Ao Juiz

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 84.

⁸⁵ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 245/6.

⁸⁶ Código de Processo Civil. Art. 461. “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. [...] 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

é facultado o meio necessário para dar efetividade à execução, devendo estar nítida a adequação, a idoneidade, menor restrição possível do executado, a necessidade do quanto escolhido, entre outros – Os meios mais onerosos, como a prisão, devem ser utilizados em *ultima ratio*, sendo, sempre, analisados os pressupostos supramencionados.

Esmiuçando-se os pressupostos supramencionados, é nítido que não é conferido ao Magistrado, munindo-se do Poder Judiciário, o uso desequilibrado do meio de execução, disparando mandados inconstitucionais ao bom alvitre. O meio, em verdade, tem que ser idôneo, contrabalançando a menor onerosidade ao executado, mas, entretanto, dando efetividade a Decisão. Veja-se o quanto exposto pela jurisprudência – entendimento do Tribunal Regional Federal 1ª Região, em notas.⁸⁷

Conclui-se, por tanto, que é imprescindível a efetividade no processo de execução, cabendo, em caso de execução indireta, medidas que só se limitam à criatividade do magistrado. Reitere-se, como já explanado, não se trata de um mandado desproporcional ao executado, sacrificando-o desnecessariamente.

Deverá haver uma ponderação entre os bens tutelados, principalmente no tocante aos Direitos Fundamentais, que recebem proteção constitucional, para que seja instituída uma nova perspectiva do processo de execução, para que “num futuro não distante a execução se torne instrumento efetivo e célere da mais ampla satisfação de qualquer tipo de crédito, [...] assegurado o respeito integral às garantias fundamentais”.⁸⁸

3.3 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO: EFETIVIDADE, MENOR ONEROSIDADE, PROPORCIONALIDADE.

⁸⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE AÇÕES OU APLICAÇÕES FINANCEIRAS CONCOMITANTEMENTE COM A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA OPORTUNIDADE PARA A EXECUTADA OFERECER BENS À PENHORA OU EFETUAR O PAGAMENTO DO DÉBITO. 1. É aodado e desnecessário, em execução fiscal, o bloqueio, concomitantemente com a citação, de ações em tesouraria ou, indiscriminadamente, de qualquer outra aplicação financeira, sem que antes a empresa executada tenha oportunidade de oferecer bens à penhora ou pagar os débitos. 2. O princípio da execução menos onerosa para o devedor, consagrado no art. 620 do CPC, deve ser observado pelo juiz, pois não se trata de mera faculdade judicial, mas de um preceito cogente. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF-1 - AG: 417625020084010000 BA 0041762-50.2008.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, Data de Julgamento: 06/12/2013, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.758 de 21/02/2014).

⁸⁸ GRECO, Leonardo. **A crise do processo de execução**. In: Fiuza, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coord.). **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001, p. 211.

Diante do tópico supramencionado, percebe-se que a execução indireta deve ser limitada, não podendo o magistrado adentrar ao patrimônio do executado de forma inescrupulosa. Ao lado da ponderação, inúmeras vezes citada neste trabalho, percebe-se a existência de princípios do direito, que, devidamente adaptados ao sistema processual civil, passam a ter inenarrável importância aos limites à execução.

O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito a efetividade em sentido estrito.⁸⁹

De grande proveito é iniciar a temática que gravita sob o princípio da efetividade. O princípio aludido é a lente pela qual todo jurista deve analisar o processo de execução: Só há sentido ter a execução se restar efetiva, frutífera. A efetividade deve estar presente em todo ordenamento, inclusive ao analisar a prestação jurisdicional, no processo, necessário ao exercício da jurisdição, e, por fim, no procedimento/processo de execução, intrínseco ao processo civil.

É pacífico entres os cientistas do direito que existe um direito fundamenta à tutela executiva. Antônio Adonias, traz a lume a necessidade do processo de execução ser efetivo, de forma que o Estado deve alcançar a efetivação daquilo que se aproxima do correto. Aduz ainda que:

[...] trata-se de uma garantia em face do Estado. Sob o ponto de vista deste último, consiste num dever de aparelhar-se e de praticar os atos hábeis para propiciar a satisfação do direito.⁹⁰

O entendimento trazido pela doutrina possui amplo respaldo na jurisprudência, onde se nota que devem ser utilizados os meios necessários para a obtenção de resultado prático positivo.⁹¹

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito a Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais**. Curitiba. Editora Revista dos Tribunais.2003, p. 303.

⁹⁰ BASTOS, Antônio Adonias. **Teoria Geral da Execução**. Salvador. Editora JusPodivm. 2010, p. 75.

⁹¹ EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - POSSIBILIDADE - ANTERIOR TENTATIVA DE CONSTRIÇÃO DE BENS FRUSTRADA - PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO FORÇADA. A gradação prevista no artigo 11 da LEF, não é absoluta, pois o objetivo precípua é a realização da execução da forma menos prejudicial possível para o devedor, bem como o pagamento de forma mais célere e eficiente. Assim, não obstante se deva observar o princípio do menor sacrifício do devedor, a finalidade primeva de uma execução forçada, é justamente a satisfação concreta e também forçada de um direito de crédito, já devidamente reconhecido. Dentre os princípios que regulam especificamente este tipo de atividade jurisdicional, destaca-se o princípio da efetividade da execução forçada, em que, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir. TJ-MG: 100240304017230031 MG 1.0024.03.040172-3/003(1).

Conclui-se, por tanto, que o princípio da efetividade é basilar ao processo de execução, sendo imprescindível que todos os atos processuais sejam proferidos sob a sua perspectiva.

No tocante ao princípio da menor onerosidade, cumpre citar que é um norteador à execução indireta, sendo intrínseco à escolha do modo em que a execução irá proceder. Isto posto, salienta-se que deve ser aplicado o meio coercitivo que gere menor onerosidade ao executado, mas que, conforme visto anteriormente, possibilite a efetividade do processo executório. Assim, passa-se a analisar mais detalhadamente o princípio da menor onerosidade.

Primeiramente, o predito princípio decorre do princípio da boa-fé, “é uma cláusula geral que seve para impedir o abuso de direito pelo exequente”⁹², sendo entabulado pelo art. 620 do CPC.⁹³

Ocorre que, a doutrina logo traz uma interpretação interessante ao artigo: só é possível a escolha do meio se todos forem eficazes. Ocorre que, como sabiamente leciona Fredie Didier, em coautoria, “a identificação do valor protegido é muito importante para a ponderação que se precise fazer esse princípio e o princípio da efetividade”.⁹⁴

Percebe-se, desta forma, a possibilidade de embate entre os supramencionados princípios: de um lado, o da menor onerosidade, derivado da dignidade da pessoa humana e da boa-fé processual, de outro, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, que é entrelaçado a inúmeros outros princípios.

Maior dificuldade, ainda, quando se tem direitos fundamentais em conflito, como o clássico exemplo do direito á alimentos, que pode cêrcea a liberdade do alimentante executado. Neste caso, diante da reincidência do ocorrido, o Supremo Tribunal de Justiça sumulou no seguinte sentido: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.⁹⁵

92 DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011, p.56.

93 Código de Processo Civil. Art. 620. “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

94 Op. cit. 2011, loc. at.

95 Súmula nº 309 do Superior Tribunal de Justiça. “Débito Alimentar - Prisão Civil - Prestações Anteriores ao Ajuizamento da Execução e no Curso do Processo. O débito alimentar que autoriza a prisão civil

Ocorre que, a jurisprudência não possui entendimento consolidado em vários outros casos, debatendo se é possível a prisão de administrador de plano de saúde que não cumpre liminar determinando a realização de cirurgia de emergência, se é possível a suspensão do serviço de gás aos apartamentos inadimplentes em obrigações condominiais, entre outros casos.

Por ofender a boa-fé, gerando abrupto abuso de direito, caso o exequente requeira o meio mais prejudicial ao devedor, havendo outros meios eficientes, poderá o julgador, de ofício, requer que seja aplicado o meio indireto menos prejudicial – é o entendimento doutrinário.

Traz perspectiva importe o autor Antônio Adonias, ao perceber que “Trata-se de limite político da execução, contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade”.⁹⁶ Note-se, ainda, outra crítica pertinente: só se pode considerar menor onerosidade a partir da perspectiva subjetiva do executado, ou seja, diante de um caso prático.

Tais apontamentos desaguam, invariavelmente, nas questões abordadas neste trabalho monográfico. É pacífico na doutrina e jurisprudência que o princípio da menor onerosidade ao devedor somente poderá ser invocado quando houverem outros meios eficazes ao adimplemento da execução, restados infrutíferos esses meios, questiona-se quais os limites imputados ao julgador para tornar efetiva a execução.

Exemplificando, novamente, o conflito entre os princípios analisados, suponha-se que uma grande empresa que fabrica vacinas tenha contratado com um município a entrega dez mil doses de vacina. Ocorre que, esta empresa recebe oferta melhor, passando a vender a outrem as vacinas produzidas. Executada para cumprir o título extrajudicial, a empresa percebe que qualquer valor que seja aplicado a título de multa coercitiva não fará rescindir o contrato novo contrato, por ser mais interessante comercialmente.

Salienta-se que o debate não gravita apenas no problema processual/ constitucional, onde o Estado estará falido na sua função de obter prestação jurisdicional efetiva. A questão trazida a lume está conflitando o direito à vida da população contra as proteções do executado, que não cumpriu a obrigação de entregar coisa certa. Assim,

do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

⁹⁶ BASTOS, Antônio Adonias. **Teoria Geral da Execução**. Salvador. Editora JusPodivm. 2010, p. 78.

deve-se compreender que a menor onerosidade só é aplicável diante de casos em que há duas opções ou mais de forçar o executado a adimplir a obrigação.

Se for determinada multa diária ao citado administrador de plano de saúde e, mesmo assim, não é cumprida a determinação judicial, sendo inócuo os outros meios executórios, e somente a ordem de prisão for o meio de que a obrigação seja cumprida, não o que se falar em menor onerosidade.

Interessante caso foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que um idoso foi preso por descumprir decisão de prestação alimentícia. Por meio de agravo de instrumento, o idoso, ora agravante, alega que não foram tomadas outras medidas para que fosse forçado ao pagamento, e, com base no princípio da menor onerosidade, requereu a suspensão da ordem de prisão. Em dissonância ao pedido, entendeu o tribunal supramencionado que não haviam outras medidas para que a obrigação fosse adimplida, e, diante dos bens jurídicos a serem tutelados, mantiveram a ordem de prisão.⁹⁷

Finda-se o estudo do princípio da menor onerosidade com a ideia de que sempre que houverem meios distintos para se executar um comando judicial, levar-se-á em conta o que trazer menor onerosidade ao executado, ponderando os bens jurídicos conflitantes, tudo sob a ótica da efetividade da prestação jurisdicional.

Por fim, convém tratar sobre mais um princípio, necessário para resolver o problema que o presente trabalho monográfico incumbiu-se de enfrentar. O princípio da proporcionalidade. Tal princípio, genérico ao ordenamento pátrio, possui imensa importância no processo/fase de execução, tendo frequente aplicação, principalmente na hora de ponderar os bens jurídicos em choque.

Conceitualmente, elucida o paraibano Paulo Bonavidis que:

Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.⁹⁸

⁹⁷ Agravo de instrumento - Execução de alimentos - Prisão civil - Inconformismo - Desacolhimento - Adimplemento parcial que é incontroverso ? Razoabilidade do valor fixado a título de pagamentos provisórios que não é passível de discussão em sede de execução ? Decisão mantida ? Recurso desprovido. (TJ-SP - AI: 20669645320148260000 SP 2066964-53.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 22/05/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/05/2014)

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 434

A proporcionalidade, indubitavelmente, deve estar enraizada em qualquer decisão judicial, como pode-se observar, inclusive, na persecução da prestação jurisdicional efetiva, por meio da execução, sendo direta ou indireta. Parece, que, de fato, a jurisprudência acatou a ordem do supramencionado jurista, aplicando o princípio sob análise. O Tribunal de Justiça de Sergipe, coadunando com este entendimento, julgou, em sede de apelação, que “A natureza das *astreintes* é precipuamente inibitória, ou seja, a sua finalidade é obrigar a parte a cumprir a ordem proferida pelo órgão julgador. Dessa forma, o seu valor pode e deve ser alto, tanto quanto necessário para compelir ao cumprimento do mandamento judicial”.⁹⁹

Há, no caso enfrentado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, a aplicação da ponderação em dois momentos: primeiro, no tocante à aplicação da multa diária, *astreinte*, onde se deve aplicar alto valor, ponderando que a multa deve ser suficientemente inibitória. Assim, a multa diária, devidamente majorada, gerou a soma de R\$ 104.000,00. *Secundus*, é analisada a segunda multa, que pondera o descumprimento de decisão judicial e o enriquecimento sem causa, devendo o valor ser razoável a sanção.

Cumpra aduzir que o legislador pátrio, confiante no senso do julgador em aplicar o predito princípio, legislou de forma “aberta”, permitindo que o juiz preenchesse tais lacunas diante do caso prático, como ocorre no art. 461 do CPC. Tal dispositivo, reiteradamente citado, permite que o magistrado determine as providências “que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”. Ou seja, dever-se-á utilizar o princípio da proporcionalidade para, conforme parágrafo 5º, “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

⁹⁹ APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA COMANDO MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO - DESRESPEITO À DECISÃO - CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE VERSUS IMPERATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS - COMANDOS JUDICIAIS QUE DEVEM IMPOR NA SOCIEDADE EFETIVIDADE, SOB PENA DE NÃO SEREM CUMPRIDAS E, PORTANTO DESACREDITADAS – [...] MULTA DIÁRIA MAJORADA PARA IMPORTÂNCIA DE R\$ 400,00 TOTALIZANDO O VALOR GLOBAL DE R\$ 104.000,00 - RAZOABILIDADE VERSUS PROPORCIONALIDADE VERSUS RECALCITRÂNCIA DO IPESAUDEHONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - DEVER DO VENCIDO EM ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A natureza das *astreintes* é precipuamente inibitória, ou seja, a sua finalidade é obrigar a parte a cumprir a ordem proferida pelo órgão julgador. Dessa forma, o seu valor pode e deve ser alto, tanto quanto necessário para compelir ao cumprimento do mandamento judicial. A multa pelo descumprimento de decisão judicial, por outro canto, não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis. Precedentes jurisprudenciais. (TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL : AC 2012204126 SE99).

atividade nociva [...]”. Tal rol, diga-se de passagem, é meramente exemplificativo, já que, a depender do caso, nenhuma dessas medidas serão proporcionais.

Conclui-se, de tal modo, serem esses os principais princípios basilares da execução indireta, de forma que o julgador, ao proferir decisões, leve em conta que o processo tem que ser efetivo, mas, analisando os ônus suportados pelo executado, aplicando proporcionalidade ao sopesar um princípio em detrimento do outro.

4 DOS LIMITES À EXECUÇÃO INDIRETA DIANTE DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cumprido ressaltar, que, independente da execução ser disparada por meio de processo autônomo ou por meio de fase processual, em inúmeros casos, a inadimplência do devedor-executado gera prejuízo inenarrável ao credor-exequente, que, por vezes, vê seu direito inexecutável em decorrência dos direitos fundamentais do inadimplente, daí discutir quais os meios cabíveis ao magistrado para dar efetividade ao processo de execução.

Proferida Decisão, em que conste uma ordem de fazer ou não fazer, ou seja, conta com a colaboração do Executado para que seja cumprido o quanto determinado.

Inadimplida a predita decisão, passa-se a utilizar de meios para dar efetividade ao quanto ordenado pela predita Decisão, e, conseqüentemente, efetivando o direito do Credor.

Assim, o Magistrado passa a munir-se de meios e mecanismos necessários ao cumprimento da sua decisão. Há, em verdade, uma coerção indireta, que poderá ser por meio de sanções premiais ou por sanções castigos. Insta salientar, que o núcleo do tema monográfico reside aqui. Após analisados todos os fatos pertinentes, ponderados os argumentos apresentados e comprovados (ou não), é proferida uma Decisão, em lato sensu, entendida como ato de decidir.

Tal decisão, em caso de improcedência do pedido, não há o que ser debatido – findo o processo. Em caso de procedência, não recorrida a Decisão, passa-se a perseguir a efetivação do direito pretendido na Petição Inicial (Execução Processo) ou na Petição Interlocutória (Execução Procedimento).

No caso em que é possível a execução por meio de sub-rogação, ou seja, execução direta, não pairam grandes questionamentos – o Estado, por meio do Judiciário, suprime a vontade do devedor, trazendo o bem da vida às mãos do Credor. A problemática está entranhada nos casos onde a Decisão foi procedente aos pedidos feitos contra o executado, e necessita que este cumpra o quanto determinado. Assim, o cumprimento depende de conduta volitiva do Executado.

Desta forma, vêm a lume a seguinte incongruência: é possível a determinação de prisão civil para descumprimento de prestação alimentícia e é inválida a sentença que determine o a prisão do administrador do plano de saúde que se nega a cumprir sentença que determina cirurgia que tem caráter vital. Algumas ponderações devem ser feitas: Analisados os Direitos Fundamentais, conforme supramencionado, é possível a comparação entre o devedor de alimentos e o devedor de prestações que coloquem a vida do exequente em risco! É possível, ainda, perante violação a direitos fundamentais, relativizar os limites protetivos ao executado – é o que se almeja com a ponderação conceituada por Robert Alexy, cumulado com o princípio da atipicidade dos meios da execução.

Inúmeros são os casos em que o Executado é protegido pelo ordenamento pátrio, mesmo em detrimento dos Direitos Fundamentais do exequente. Será, no decorrer deste trabalho monográfico, em virtude dos direitos fundamentais do Exequente,

perseguida a relativização das defesas do Executado, objetivando efetivar o direito dos justos! Passa-se, desta forma, a analisar as possibilidades de constrições do devedor.

4.1 CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL

Conforme aludido anteriormente, inadimplida a obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa certa, deve o julgador incentivar a parte ao cumprimento da obrigação, já que será inócua a sub-rogação da sua vontade. Isto posto, passa-se a fazer uma análise sobre os estímulos, indiretos, onde há uma sanção patrimonial ao devedor. Ocorre que, não se percebe no ordenamento pátrio outra sanção patrimonial que incentive o executado, inadimplente, ao cumprimento da ordem judicial, motivo pelo qual será feita minuciosa análise do instituto da *astreinte*.

4.1.2 Origem da *astreinte*

Um marco histórico de extrema pertinência é o período da revolução francesa. Foi banido do ordenamento jurídico francês a coerção pessoal do devedor, e, nesse contexto, pós-revolução francesa, com o direito liberal a flor da pele, nasce o pensamento de que não se podia forçar uma pessoa a ter determinada conduta, devendo, em caso de inadimplemento, o Estado se sub-rogar à vontade do executado, trocando a obrigação de fazer, ou dar coisa certa, por exemplo, em perdas e danos. Assim, percebe-se que a pessoa que tinha muito dinheiro, ou, ainda, demasiadamente pobre, não sofria com a execução: se muito rico, não cumpria a ordem de fazer, pois, seu dinheiro pagaria os danos causado; se muito pobre, não cumpria nem pagava.

Cite-se que o Código de Napoleão, em seu art. 1.142, vedava, de forma expressa, que toda a obrigação fazer ou não fazer convertia-se em perdas e danos, enaltecendo o princípio do *nemo ad factum cogi potest*. Percebe-se, ainda, que neste momento havia uma forte influência da burguesia e do desenvolvimento econômico da França, o objetivo era manter a cinética da economia, o Estado “não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter em

funcionamento os mecanismos de mercado, para o que bastava uma sanção negativa, como a nulidade ou pagamento do equivalente em pecúnia”.¹⁰⁰

Começou entre os cidadãos franceses a ideia de que a obrigação de fazer ou não fazer, ou, ainda, de dar coisa certa possuía caráter facultativo, sendo praticamente inexistente a possibilidade prestação específica ao bem pleiteado, objeto de um contrato, por exemplo. O magistrado, neste desiderato, permanecia de mãos atadas, qualquer tentativa de coagir o devedor, por meios indiretos ao cumprimento de uma obrigação, era visto de forma atentatória aos ideais revolucionários franceses: o juiz ainda possuía uma imagem de carrasco, herdada do período absolutista.

Alguma solução devia ser tomada: pairava uma insegurança no ordenamento francês. As pessoas contratavam a pintura de um quadro, e, se o pintor quisesse, pintava, se não, restituía o valor pago e, a depender, com perdas e danos. Em 1811 o Tribunal Civil de Cray aplicou, pela primeira vez, as *astreintes*.

A doutrina, por sua vez, nada contente com a criação do instituto, passou a disparar inúmeras críticas. Os doutrinadores, traumatizados com o período absolutista, temiam que o juiz voltasse a “legislar”, este, deveria ser a boca da lei, não tecendo grandes interpretações, muito menos legislar. Como não havia previsão legal para que o magistrado aplicasse este modelo de execução indireta, acreditava-se que a aplicação de algo não previsto expressamente no ordenamento jurídico atentava contra o princípio da separação dos poderes. Outra crítica era de haver violação ao princípio do *nulla poena sine lege* (não deve haver pena sem previsão legal).

Após a primeira guerra mundial houve um interessante movimento jurisprudencial. Neste contexto, a *astreinte* já era reconhecida pela doutrina, entretanto, sua aplicação ainda não era bem definida. Pós-Guerra, a economia francesa entrou em declínio, havendo imensa inadimplência, principalmente entre os contratos de locação residência. Desta forma, os juízes passaram a aplicar a multa periódica nas ações de despejo, e, enquanto a pessoa não saía da residência, um grande montante se acumulava. Percebeu-se que o valor angariado pela execução indireta superava, em muito, o objeto da ação, havendo notório enriquecimento sem causa. Passou-se, diante deste cenário, há limitar o valor das *astreinetes* ao valor do dano.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p.72.

Nasce, desta forma, um grande incongruência com o instituto, que, inicialmente, possuía caráter coercitivo, e agora, meramente indenizatório, já que embora o valor chegasse a astronômico montante, ao ser executado reduzia-se as perdas e danos. Tentando consertar tamanho equívoco, em 1959 a *Cour de Cassation* admitiu, em importante julgado, que o montante arrecada *pela astreinte* não possui correlação com os prejuízos decorrentes de perdas e danos.

Após a mencionada decisão passou-se a haver certa estabilidade no tocante a aplicação do instituto, podendo ser percebidas algumas características, como o caráter patrimonial, acessório, arbitrário e coercitivo.

4.1.2 Características da *astreinte*

Primeiramente, tratar-se-á do caráter acessório. É uma medida para se obter um resultar prático, específico, de outra condenação. A mais balizada doutrina compreende que as *astreintes* objetivam tutelar não somente o bem objeto da demanda, mas sim a prestação jurisdicional efetiva. Não é à toa que o ordenamento pátrio visualiza, além das *astreintes*, as perdas e danos, conforme artigo 461, § 2º do CPC.¹⁰¹

O termo inicial para que possa ser cumulada a multa diária é, conforme já aludido, o inadimplemento da determinação judicial, e não a pretensão resistida, objeto principal da demanda. Percebe-se, ainda, que as obrigações não guardam intrínseca relação. O adimplemento da *astreinte* não quita o débito principal, tão pouco a quitação objeto da demanda faz com seja declarada a inexecução da multa.

A multa criada *ad astringere* (para restringir) tem como nítido objetivo o estímulo ao devedor, incentivando-o ao adimplemento da obrigação. A citada característica é, de fato, a mais importante. Cita o processualista Marcelo Lima Guerra que:

O caráter coercitivo da *astreinte* impõe um limite à sua concessão. É que para concedê-la ou não o juiz deve examinar a possibilidade real da medida levar ao cumprimento da respectiva decisão. Se não há sobre o que exercer a coerção, a *astreinte* não deve ser utilizada. Da mesma forma, quando a

¹⁰¹ Código de Processo Civil. Art. 461. “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. [...] §2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”.

execução da condenação tornar-se praticamente impossível, a *astreinte* não pode prosseguir ou, se ainda não tiver sido concedida, já não poderá mais.¹⁰²

Tamanha preocupação sobre o caráter coercitivo que a doutrina moderna debruça-se sobre alguns questionamentos, inclusive no tocante ao valor atribuído à multa. Eventualmente, por tratar-se de valor irrisório, o executado tende ao não cumprimento da decisão judicial. Deve-se, assim, utilizar-se de indícios para que possa ser arbitrado valor justo.

Um bom indicativo do valor a prazo a serem atribuídos é analisar, primeiramente, o bem jurídico a ser tutelado. Segundo, é imprescindível que seja observada a capacidade financeira do executado, de forma que seja atribuído o valor correto e o prazo para cumprimento de forma adequada e razoável. Em brilhante decisão, o Tribunal Federal Regional – 3ª região lecionou que: “Tratando-se as *astreintes* [...], seu valor e periodicidade, bem como o prazo para o cumprimento da obrigação, devem ser fixados a critério do Juiz, atendendo-se à razoabilidade e à adequação”.¹⁰³

¹⁰² GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 117.

¹⁰³ PROCESSO CIVIL. NULIDADE INSTRUÇÃO SUFICIENTE. REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ASTREINTES. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRAIA. BEM DA UNIÃO. CR, ART. 20, IV. REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO. OCUPAÇÃO PERMITIDA APENAS NAS HIPÓTESES LEGAIS. DECRETO-LEI N. 9.760/46. BEM DE USO COMUM DO POVO. VEDADAS URBANIZAÇÃO OU FORMA DE UTILIZAÇÃO DO SOLO QUE IMPEÇAM O ACESSO. LEI N. 7.661/88, ART. 10, § 1º. ASTREINTES. VALOR. ADEQUAÇÃO. PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. 1. Não há ilegalidade nem cerceamento de defesa quando o juiz, verificando suficientemente instruído o processo, considera desnecessária a produção de mais provas e julga o mérito da demanda na forma antecipada. Cabe ao juiz examinar a necessidade ou não da prova, cumprindo-lhe indeferir diligências meramente protelatórias ou inúteis. Daí não ser nulo o julgamento antecipado da lide ((STJ, AgRMC n. 14.838-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.08; (TRF da 3ª Região, AC n. 93.03.071394-0, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 24.05.04). 2. Tratando-se as *astreintes* de medida coercitiva destinada ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, seu valor e periodicidade, bem como o prazo para o cumprimento da obrigação, devem ser fixados a critério do Juiz, atendendo-se à razoabilidade e à adequação, na exata medida em que necessários a esse fim, não estando adstrito a eventual pedido inicial nesse sentido. Frise-se, ademais, as *astreintes* não fazem coisa julgada, podendo seu valor ou periodicidade serem modificados a qualquer tempo. 3. Conforme prevê o inciso IV do art. 20 da Constituição da República, as praias marítimas são bens públicos da União, estando sua ocupação sujeita a regime jurídico diferenciado, a depender de autorização da Secretaria do Patrimônio da União, órgão responsável pela administração dos bens da União, a ser concedida nas hipóteses previstas no Decreto-lei n. 9.760/46. Ademais, por serem as praias bens de uso comum do povo, é assegurado, nos termos do art. 10 da Lei n. 7.661/88, "o livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica", sendo vedadas, portanto, quaisquer formas de urbanização ou ocupação que impeçam esse trânsito. Precedentes dos TRFs da 2ª e da 5ª Região. 4. Não restou plenamente demonstrada nos autos a existência de eventual título emitido pela Secretaria do Patrimônio da União a legitimar a ocupação da área objeto dos autos pela empresa ré, circunstância que, por si só, torna irregulares as construções ali realizadas. 5. O fato de o ente municipal ter autorizado a construção sobre bem da União não confere nenhum direito ao autorizatário, nem presume sua boa-fé, haja vista que não apresenta título emitido pelo órgão competente do ente federal que legitime sua ocupação. 6.

Assim, percebe-se que o valor a ser aplicado deve se balizado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e da adequação como norteadores ao magistrado. Tal entendimento foi devidamente observado pelo legislador processualista, que, preocupado com adaptação do instituo ao caso prático lecionou que o julgador poderá impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito, conforme dispõe o § 4 do já mencionado art. 461 do CPC.

Entende-se, assim, o caráter arbitrário do juiz para escolher o valor a ser aplicado e a periodicidade. De fato, o termo “arbitrário” é de infeliz aplicação, dando a entender que pode o julgador aplicar qualquer montante ou qualquer prazo. Tal termo decorre de alguns fatores: primeiro, pode o magistrado, de ofício determinar a aplicação da multa, já que essa será proveniente do descumprimento da decisão judicial, e ofenderá a prestação jurisdicional efetiva, podendo, ainda o magistrado atribuir valor ou periodicidade diversa da requerida pela parte.

Oportuno salientar que, inoportunamente, não há obrigação do magistrado motivar a aplicação do valor. Vê-se nos julgados o motivo pelo qual vai ser aplicada tal medida, mas não o porquê será nesse prazo ou valor, devendo, caso haja descompasso com os limites indicados anteriormente, ser agravada a decisão.

Destaque-se, ainda, o caráter patrimonial deste meio executório. Do momento da incorporação do instituto, até os dias atuais o direito pátrio determina que o valor angariado em decorrência do descumprimento da decisão é revertido ao exequente. Nota-se a contradição: a ofensa foi ao judiciário, mas quem se beneficia é o exequente. Aos inoportunos doutrinadores que alegam que a *astreinte* serve como

Ainda que a ré fosse efetivamente legítima ocupante da área de praia, tal construção seria irregular tão somente pelo fato de obstar o acesso público ao bem de uso comum do povo, consoante se observa nas fotografias juntadas aos autos, especialmente àquelas de fls. 429/436, circunstância que viola as disposições da Lei n. 7.661/88. 7. O fato de o custo da obrigação de fazer ser alto não implica, por si só, na redução da multa, a qual deve ser fixada em montante que assegure o cumprimento da obrigação, a sugerir, ao contrário do raciocínio engendrado pelo município réu, que mais alta deve ser a multa se vultoso é o valor da obrigação. 8. Porém, por demandar a realização de licitação para contratação de prestador de serviço especializado, novo e igual prazo para o cumprimento da obrigação deve concedido (60 dias). 9. Deve ser reduzida a condenação por ato atentatório à dignidade da Justiça, porém mantida face ao evidente descumprimento da decisão de fls. 711/714. 10. A decisão liminar não fixou prazo o cumprimento da obrigação e o Município réu informou o cumprimento dos demais itens da decisão e que deu início à demolição das construções, a qual não foi finalizada ante a necessidade de realização de licitação para contratação de empresa especializada. 11. Apelações não providas. Reexame necessário parcialmente provido. (TRF-3 - APELREEX: 8337 SP 0008337-65.2009.4.03.6103, Relator: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, Data de Julgamento: 23/07/2012, QUINTA TURMA).

indenização pela demora do cumprimento, uma coisa deve ser esclarecida: existe um instituo criado para isso, denominado “perdas e danos”.

O direito alemão, em decorrência de um perspectiva extremamente publicista, determina que a multa seja destinada ao Estado. Parece ser este o entendimento mais acertado. Trata-se de uma questão de simples lógica: o dano, o desrespeito foi ao estado, devendo este ser beneficiado. Os danos sofridos pela parte exequente devem ser indenizados / reparados por meio de “perdas e danos”.

Conforme aludido anteriormente, a aplicação da multa ocorrerá independentemente das perdas e danos. Veja-se a independência dos institutos: se o magistrado não determinar a multa, mas, tão somente a obrigação, e, descumprida, esta poderá gerar perdas e danos à parte credora. Entretanto, poderá ser determinada a multa periódica e não haver qualquer prejuízo à parte.

Em evolução, o Novo Código de Processo Civil, projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010¹⁰⁴, indicou nova redação, reconhecendo que a ofensa é, em parte, ao julgador, e não somente à parte exequente. Com nova redação, o art. 522 alterará o famoso artigo 461, § 5º do CPC prevendo que o valor da multa será devido ao exequente até o montante equivalente ao valor da obrigação, sendo o excedente destinado ao Estado. Há de ser reiterada a crítica a crítica feita outrora, visto que, sendo o Estado, ofendido, deveria receber a totalidade do valor, cabendo a parte exequente, havendo necessidade, ser tutelado pelas “perdas e danos”.

Cumprido salientar que o mencionado artigo, ao chegar a câmara de deputados, sofreu modificação, indicando que o valor será da multa será destinado ao exequente, não mais limitando o valor da obrigação, conforme dispõe o artigo 551, §2º do Novo Código de Processo Civil.

É honesto trazer à lume que, a linha de pensamento de Marinoni e demais autores, a qual se é favorável no presente trabalho, não possui respaldo jurisprudencial, havendo somente apoio da lógica. O argumento jurisprudencial e doutrinário mais forte gravita sob o fato de que não há previsão legal para destinar a multa periódica ao Estado, já que, se assim o legislador quisesse, tinha inserido tal previsão ao código de processo civil, ao entabular o art. 14 do CPC, o que não o fez.

¹⁰⁴ Projeto de Lei nº n.º 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil.

Ao contrário, o legislador previu o caso de descumprimento da ordem judicial, indicando ser dever da parte “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (inciso V), e, em caso de desobediência, o julgador poderá “aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa;”¹⁰⁵.

Críticas devem ser tecidas sob o artigo supramencionado. Primeiro, fixa o valor da coerção, o que é um absurdo. Consegue-se perceber o intuito deste último, qual seja, criar uma segurança à parte executada, que não sofrerá condenações estratosféricas. Ocorre que, conforme aludido anteriormente, existem indicadores que devem ser levados em consideração para que seja atribuída uma coerção indireta por meio de multa, não podendo ser limitado previamente pelo legislador.

Segunda crítica possui um caráter prático inenarrável. Pode-se perceber ao estudar o instituto que uma das suas características é a periodicidade diante da reiterada inadimplência. O citado artigo não faz qualquer menção a esta periodicidade, ou seja, descumprida a obrigação, não há qualquer outro estímulo para que o Estado seja respeitado, atando as mãos do julgador.

Diante do exposto, nota-se que o supramencionado art. 14 é falho pelos dois motivos citados, devendo, em verdade, sofrer reforma no tocante a estes aspectos para que possa sanar discursarão sobre a matéria, aduzindo, expressamente, que seja a *astreinte* destinada ao seu devido credor, o Estado.

Observe-se que, realmente, o Estado não sofre dano material, muito menos, moral, não se tratando nesse desiderato de indenização ou, ainda, reparação. Ocorre que, enriquecer o exequente sem causa, por meio de multa periódica, em decorrência do descumprimento de uma ordem judicial parece ser incongruente. Reconhece-se, também, que toda a coletividade é prejudicada quando o Estado falha na persecução jurisdicional, sofrendo um dano difuso.

¹⁰⁵ Código de Processo Civil. Art. 14. “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] Parágrafo único: Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

Tem-se o problema: o Estado é o sujeito passivo imediato, por haver desrespeito à sua ordem, mas, não deve angariar tal valor, por não ter sofrido danos reais. O exequente, se dano sofrer, possui outros meios para ser reparado/indenizado, não sendo a *astreinte* o meio para tal. Conclui-se dando a seguinte sugestão: os valores recolhidos por multas periódicas devem ser destinados a um fundo. Tal fundo deve, por meio de instituições competentes, prestar informações jurídicas à sociedade, indicando seus direitos e deveres, objetivando uma consciência jurídica à população.

4.1.3 A Falibilidade da *astreinte*

Após apresentado o instituto, sua origem e evolução histórica, características, aplicações e críticas dos seus efeitos no ordenamento pátrio, deve-se apresentar uma nova problemática. A aplicação de multa diária foi uma imensa evolução para o direito. Conforme evidenciado, possibilitou o judiciário a, por meios indiretos, obter uma prestação jurisdicional efetiva. Ocorre que, possui uma falha prática, que fora percebida em sua origem: pode-se protelar uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa em troca de pecúnia, dinheiro. Exemplificando: a pessoa possui um câncer em fase terminal, e, é mais lucrativo ao plano de saúde pagar a multa periódica, em quanto a pessoa não morre, do que cumprir a determinação judicial.

Pode-se alegar, em defesa do instituto, que o magistrado poderá aplicar uma multa estratosférica, o que incentivaria o predito plano a cumprir a ordem. Há quem diga que ao sentir no bolso, todos cumprem a sua obrigação, entretanto, no plano fático, as coisas não funcionam assim. O magistrado, ao ponderar a multa diária, vai aplicar uma multa razoável e adequada, como, por exemplo, uma multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para uma cirurgia que custa R\$ 200.000,00 (duzentos mil). Ao haver o descumprimento, o julgador pode dobrar esta multa diária, determinando, novamente, que seja cumprida a decisão, autorizando a cirurgia. Novamente é descumprida a ordem.

Uma breve pausa deve ser realizada para a análise de mais um caso prático: ao determinar a cirurgia, deve o Réu ser intimado, o que leva tempo, ao descumprir, deve o Autor informar ao judiciário tal descumprimento, pedindo a majoração da multa, embora possa o julgador fazer de ofício, o que é extremamente raro. Ao majorar a

multa, deve, novamente ser intimado o Réu, que poderá descumpri-la. O que se quer trazer a lume é, no mundo ideal, a *astreinte* é perfeita, visto que no Brasil roga o capitalismo. No caso prático, o réu-executado, por muitas vezes, munido de um sentimento obscuro, percebe que consegue descumprir a decisão até que seja perdido o objeto principal da lide, salvar o paciente por meio de procedimento cirúrgico, arcando, apenas com as *astreintes* e, por ventura, perdas e danos.

O exemplo supramencionado não é o único caso em que ocorre tal problema, poder-se-ia citar inúmeros outros casos em que o dinheiro não incentiva o cumprimento da decisão principal, como no caso do executado ser extremamente pobre, no caso de uma pessoa física, ou, ainda, em processo de falência, como no caso de pessoa jurídica, onde elevar a multa periódica ao céu nada adiantaria.

Caso interessante esbarrou no Supremo Tribunal de Justiça, onde a sentença condenava a entrega do carro no valor R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais) e a multa coercitiva totalizava o montante de R\$ 455.000,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil reais). Observa-se que, embora a multa seja completamente desproporcional, o executado não cumpriu o quanto ordenado.¹⁰⁶

Diante de casos em que o processo gravita sob direito infraconstitucional, percebe-se que não há maiores problemas em se obter uma tutela efetiva por meio de *astreinte*, entretanto, questiona-se o que ocorre diante da ineficácia do instituto, demonstrada a sua falibilidade para solucionar problemas emergenciais, em que direito fundamental está sendo dilacerado pela desobediência à ordem judicial. Passar-se-á a estudar as possibilidades de constrições físicas antes de apresentar uma solução.

4.2 CONSTRIÇÃO FÍSICA

¹⁰⁶ PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. MULTA COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. 1. Nos termos do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC, pode o magistrado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, alterar o valor ou a periodicidade das *astreintes* em caso de ineficácia ou insuficiência ao desiderato de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Por outro lado, o montante da multa cominatória deve guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal cujo cumprimento se busca, sob pena de a parcela pecuniária ser mais atrativa ao credor que a própria tutela específica.

2. No caso, a obrigação principal era a entrega de veículo automotor orçado em cerca de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), tendo o montante da multa alcançado mais de R\$ 455.000,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil reais). 3. Agravo regimental não provido. (Supremo Tribunal de Justiça - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1434469 MG 2014/0028798-0).

A doutrina não costuma tecer grandes comentários à prisão como meio coercitivo para o adimplemento de uma ordem judicial. Costuma-se a citar somente duas possibilidades de prisão do executado, incentivando-o ao cumprimento de uma obrigação. A primeira, trata-se da prisão em decorrência de “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. LXVII, CF 1988.

Deve-se, desde logo, reiterar as alegações feitas outrora. A prisão, como meio de incentivo para que alguém haja de determinada forma, é acessória à obrigação, e não um cumprimento. Tanto assim é que, preso o devedor de pensão alimentícia, este não se desincumbe da obrigação principal, qual seja, pagar alimentos.

Há, logo de início, pertinente crítica diferida pelo processualista Araken de Assis, aludindo que a prisão do depositário infiel enaltece o caráter patrimonial em detrimento da liberdade¹⁰⁷. A jurisprudência, com o intuito de sanar tais questionamentos, sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel proferiu a sumula vinculante nº 25 do STF.¹⁰⁸ Não tão simples ocorreu a edição da citada súmula, devendo haver uma explicação mais detalhada.

4.2.1 Evolução da prisão civil no Brasil

Em 1992 o Brasil aderiu a Convenção Internacional de Direitos Humanos, bem como, mostrou-se conivente ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Percebe-se que não houve qualquer ressalva ou reserva, aderindo-os de forma plena.

A citada Convenção, em seu artigo 7º, leciona que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Salienta-se que esta redação é de 1969 e a constituição federal, que permitia a prisão do depositário infiel, de 1988. Até ai não há maiores delongas. O problema nasce com o Decreto

¹⁰⁷ ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 12 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 148.

¹⁰⁸ Súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal. “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

nº 678/1992, quando o presidente do Brasil Itamar Franco promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁰⁹

Nota-se, neste momento, um incongruência: a supramencionada convenção impede qualquer prisão, salvo a devedor de prestação alimentícia. Objetivando resolver este embate, o Supremo Tribunal Federal coadunou com a corrente que defende a incorporação de Tratados Internacionais que versam sobre direitos fundamentais deve ser recepcionado com hierarquia abaixo da Constituição Federal e superior a legislação infra-legal.

Os defensores desse entendimento possuem suporte legal, constitucional. O artigo 5º da constituição cidadã determina em seu parágrafo 1º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹¹⁰. Não somente entabula a citada carta, tendo o parágrafo 2º lecionado que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹¹¹.

Percebe-se, desta forma, a inviabilidade da prisão em decorrência do depositário infiel. O entendimento supramencionado, no tocante a recepção das normas alienígenas parece ser o correto, havendo amplo respaldo jurisprudencial.¹¹² Não se dispenderá mais atenção ao instituto supramencionado, por não se tratar de execução indireta, e, desta forma, não sendo objeto deste projeto monográfico. Diante do exposto, conclui-se que, nos dias atuais, é vedada a prisão como meio indireto, salvo

¹⁰⁹ Decreto nº 678 de 1992. “Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969”.

¹¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art, 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art, 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹¹² “O fato, Senhores Ministros, é que, independentemente da orientação que se venha a adotar (supralegalidade ou natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos), a conclusão será, sempre, uma só: a de que não mais subsiste, em nosso sistema de direito positivo interno, o instrumento da prisão civil nas hipóteses de infidelidade depositária, cuide-se de depósito voluntário (convencional) ou trate-se, como na espécie, de depósito judicial, que é modalidade de depósito necessário.” HC 90.983, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.9.2008, DJe de 13.5.2013.

no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, motivo pelo qual passa-se a fazer uma análise detalhada, analisando o animus do legislador ao entabular, a nível constitucional, tal possibilidade.

4.2.2 Prisão civil por inadimplemento de alimentos

Tem-se compreendido os alimentos de forma ampla, sendo intrínseco ao alimento o sustento digno do alimentando, englobando, assim, as despesas ordinárias como moradia, alimentos em sentido estrito, entre outros, bem como as despesas extraordinárias, como roupas, materiais escolares. Ou seja, os proventos prestados devem ser suficientes as satisfações das necessidades básicas e vitais do alimentando.

Condenado o Réu ao pagamento dos alimentos, este, restando inadimplente, deverá ser executado para que cumpra a obrigação. O ordenamento pátrio possibilita três possibilidades, veja-se:

O primeiro, trata-se de penhora, já conhecida no ordenamento brasileiro. O art. 646 do CPC¹¹³ permite que sejam expropriados bens do executado, objetivando o cumprimento da obrigação alimentícia. Saliente-se que o devedor pode blindar o seu patrimônio, de forma que não sejam achados bens à execução. Destaque-se que a citada artimanha jurídica prejudica não somente a execução de alimentos, mas poderá tornar inócua qualquer outra execução, tornando inócua a prestação jurisdicional.

Quando o devedor for funcionário público, do exército, diretor/gerente de empresa, bem como, empregado “celetista”, o juiz determinará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia. Cumpre aduzir que, inúmeras vezes, o magistrado determina o desconto em folha antes da execução propriamente dita, visto que se trata de obrigação de grande importância.

Deve-se ser feita nova crítica: embora seja um excelente meio de se obter os alimentos, há uma falha. O devedor poderá ser empregado autônomo, não sendo empregado, mas, ainda assim, sem possuidor de grande riqueza. Assim, não havendo

¹¹³ Código de Processo Civil. Art. 646. “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”.

bens em propriedade do executado, e, ainda, não possuindo emprego fixo, restaria inexecutável o devedor de alimentos, que gera prejuízo inenarrável ao alimentando.

As medidas supramencionadas, em verdade, tratam-se de execução direta. Em ambos os casos o Estado se sub-roga no animus do devedor, não se tratando de execução indireta. Entretanto, como dito alhures, tratam-se de meios eventualmente falhos, devendo o juiz munir-se de outros mecanismos necessários à prestação jurisdicional. Assim, foi autorizado pelo legislador a prisão civil, em decorrência de inadimplência alimentícia, tutelando a vida do alimentando. Como citado anteriormente, foi prevista tal prisão constitucionalmente, mas, obedecendo os requisitos da execução indireta, quais sejam: coercibilidade, acessório ao objeto principal, periodicidade, entre outros já mencionados.

A constituição federal de 1946 foi a primeira a prever tal instituto, sendo mantido até os dias atuais. Saliem-se dois requisitos: o inadimplemento deve ser voluntário e inexcusável. Ou seja, sendo extremamente pobre o alimentante, não adianta que seja determinada a prisão do executado, já que, tratando-se de medida coercitiva, está restaria inócua. Deve-se assim, somente ser aplicada quando o Réu puder pagar a dívida, e, ainda, demonstre resistida a pretensão.

A lei 5478/68 entabula meios que o magistrado poderá perquirir os alimentos devidos. Note-se que o rol apresentado do art. 16 ao 20º é meramente exemplificativo, tendo o art. 19¹¹⁴ sendo considerado *ultima ratio* pela citada lei. Cite-se serem sábias as palavras do legislador ao permitir ao magistrado “tomar todas as providências necessárias para [...] o cumprimento do julgado ou do acordo”. Assim, acertadamente foi permitido ao magistrado, por exemplo, determinar que a companhia de energia suspenda do fornecimento de eletricidade ao executado, visto que, objetiva-se resguardar a vida do alimentado, bem como a sua dignidade.

Deve-se trazer o entendimento de doutrinadores como Maria Helena Diniz e Araken de Assis, alegando haver uma gradação dos meios executórios, devendo, inicialmente, como leciona a predita autora, ser efetuado o desconto em folha de pagamento, sendo ineficaz, deve-se expropriar os alugueis de prédios do alimentante. Não sendo possíveis os meios anteriores, que seja determinada penhora de vencimentos, soldos,

¹¹⁴ Lei nº 5.478/68. Art. 19. “O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”.

ou qualquer outro valor disponível em posse do executado. Deverá, antes de determinada a prisão do executado, ser constituída “garantia real ou fidejussória”.¹¹⁵

Embora toda esperteza dos citados autoras, equivocaram-se neste aspecto. Criaram um escada gradativa, com o intuito de proteger o executado, trazendo-lhe o menor ônus possível. Ocorre que, no plano ideal está perfeito o ensinamento, no prático, trata-se de perigosa proteção. Os alimentos, como dito anteriormente, representam a vida para o alimentando, que, muitas vezes, não poderá viver de forma digna sem que haja o adimplemento da ordem judicial. Ao criar estas gradações, tomar-se-á um tempo que muitas vezes não existe. Há urgência para quem tem fome!

Assim, limitar o magistrado a tomar uma conduta, somente depois de outra, que, eventualmente será manifestamente inócua, é um atendado contra o executado. Percebe-se, por tanto, que o magistrado, diante do caso prático, deve aplicar o meio que achar mais pertinente, independente da tentativa de outros.

Não se quer dizer que deverá o magistrado determinar o pagamento da pensão alimentícia sob pena de prisão sem que seja levada em consideração a adequação, e todos os outros balizadores mencionados outrora. Alude-se, aqui, que o meio deve ser o mais eficiente possível, dentre os menos onerosos. Constata que somente a prisão incentivará a prestação obrigacional, poderá, de logo, ser o primeiro meio executório a ser aplicado.

A prisão, além de beneficiar o alimentando, decorre de ofensa ao ordenamento jurídico, motivo pelo qual, preso o réu, não se quitará a obrigação. Tais características são típicas da execução indireta. Assim como a *astreinte*, percebe-se que:

As medidas coercitivas concretizam o direito fundamental à *tutela efetiva*. Assim, a prisão do devedor de alimentos serve não apenas para satisfazer o interesse (particular) do credor de alimentos, como também, e principalmente, destina-se a realizar um dos valores fundamentais do ordenamento jurídico, ou seja o *da efetiva prestação da tutela jurisdicional* (no caso, a tutela executiva).¹¹⁶

Cumprir destacar, ainda, que se trata de interesse público disputando com o interesse particular. É interesse de toda a sociedade que seja respeitado o ordenamento pátrio, devendo o executado ser compelido ao cumprimento da prestação alimentícia.

¹¹⁵ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. p. 218/9.

¹¹⁶ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.222.

No tocante ao prazo em que deverá o executado permanecer preso deve ser feito o seguinte comentário: Como se trata de medida coercitiva, deve-se ser aplica prazo suficiente para que haja o estímulo necessário. Toda via, imputando prazo demasiadamente extenso, não poderá o executado mover-se para que haja o pagamento da dívida alimentícia. Assim, a lei de Alimentos, nº 5478/68, em seu reiterado art. 19º determina que poderá haver a “decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”. Note-se que não foi indicado prazo mínimo.

O art. 733 do Código de Processo Civil¹¹⁷, erroneamente, tenta estabelecer prazo mínimo da prisão do executado. O prazo mínimo de um mês é atentatório ao elemento coercitivo da execução indireta. Supondo que o executado seja um famoso político, e que, somente a notícia que este havia sido preso gera um enorme constrangimento com seus eleitores. Percebe-se desnecessário restringir sua liberdade por, no mínimo, um mês. A notícia de que havia sido preso é suficientemente coercitiva, podendo o juiz determinar a prisão por três dias, por exemplo.

Percebe-se, diante de estudos feitos, que o ordenamento pátrio em vários casos não percebeu o caráter coercitivo da execução indireta. Conforme explicitado reiteradas vezes, não há de haverem limites pré-definidos ao magistrado, que, diante da expertise deste, deverá adequar ao caso concreto a medida coercitiva mais oportuno, fazendo com a justiça seja, de fato cumprida.

Por fim, analisando o estudo sobre a prisão por inadimplência de pensão alimentícia, deve-se estudar o animus do legislador, bem como, o motivo pelo qual achou por bem entabular a prisão em decorrência de alimentos, em sede constitucional.

Leciona Marcelo Lima Guerra que, inicialmente, a prestação a execução os se objetiva o pagamento de alimentos tem origem como inúmeras outras. Trata-se de perseguição de crédito, onde o objetivo é o dinheiro. Entretanto, já foi evidenciado que não se trata apenas de dinheiro, mas sim de vida, já que o valor angariado pela execução será destinado à aquisição de alimentos, percebidos em sentido amplo. Isto

¹¹⁷ Código de Processo Civil. Art. 733. “Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. [...] § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

posto, não podia o alimentando perseguir ser crédito pela demoradas vias processuais, que, já evidenciadas serem falhas.¹¹⁸

Neste desiderato, pode-se perceber um conflito entre direitos fundamentais. De um lado, o direito à liberdade do alimentante, que pode ser reduzido diante do descumprimento da ordem judicial que privilegia a vida do alimentado. Cite-se que, somente foi entabulado constitucionalmente por haver reincidência demasiada, e, objetivando solucionar questionamentos doutrinários, daí a lei de alimentos, juntamente com a constituição codificaram o citado entendimento.

Questiona-se, por oportuno, se, diante do direito à vida, poderá o julgador determinar a prisão de um réu, executado, no processo cível. O emblemático caso de saúde, citado anteriormente, põe na balança os mesmos direitos conflitados no caso da prisão por alimentos. De um lado, um assegurado que precisa urgentemente de um cirurgia (entenda-se a cirurgia, assim como os alimentos, essencial à vida do exequente), de outro, o direito à liberdade do administrador. Percebe-se, assim, incongruência lógica autorizar a prisão em um caso e negar em outro.

Nota-se, pelo estudo realizado, que o ordenamento pátrio pecou ao restringir, demasiadamente a prisão do executado, sob a tentativa de proteger este contra condutas abruptas e ilícitas de julgador. A mencionada proteção tem perfeita analogia com expressão popular em que há um pequeno lençol para duas pessoas, e, toda vez que se tenta cobrir uma, a outra fica descoberta. O correto seria haver a adequação do lençol: quando somente uma precisasse do lençol, assim teria, quando ambas precisassem, este poderia ser dilatado, cobrando ambas, ou, ainda, restringindo-o totalmente, deixando-os descobertos. Diante da manifesta vedação, deve-se ser encontrado meio coercitivo que tutele o executado de forma plenamente efetiva, principalmente quando houver lesão a direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

4.2.3 Da (im)possibilidade de constrição pessoal por descumprimento de ordem judicial

¹¹⁸ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p, 215.

Fora aludido que, diante de direito fundamental do exequente, devem ser tomadas as condutas cabíveis para que haja a manutenção e resguardo destes direitos. De início, cumpre reiterar direito fundamental de suma importância: a prestação jurisdicional efetiva, que teve enfoque no tópico 3.1, motivo pelo qual não se falará de forma ampla novamente. Reitere-se, apenas, que todos possuem o direito a prestação jurisdicional efetiva, devendo o magistrado, respeitando os limites balizadores, utilizar dos meios coercitivos possíveis para efetivar tal direito fundamental.

Alguns doutrinadores, também preocupados com a limitação feita pela constituição, em que só há prisão civil por alimentos, deixando muitas vezes o exequente de outros títulos prejudicado diante das falhas jurídicas, seja pelas brechas mencionadas nas *astreintes*, seja em decorrência da limitação constitucional à coerção pessoal, passaram a fazer interessante estudo sob a “possibilidade de prisão civil como medida inominada”.¹¹⁹

Gustavo Lima Guerra, defensor dessa corrente, compreende que, diante da expressão “determinar as medidas necessárias”, oriunda do reiterado art. 461 do cpc, parágrafo 5, o legislador permitiu a prisão civil. Consonante com tal entendimento, Luiz Guilherme Marinone leciona que:

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coerção indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção de tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflitivos concretos, está igualmente obrigado a usar os meios necessários para que suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado¹²⁰.

Há que se evidenciar importante entendimento do citado autor. Este, compreende que deve ser feita a seguinte interpretação sob o dispositivo constitucional, que, em tese, veda a prisão civil. Compreende que houve proibição da prisão civil somente no caso de dívida, sendo possível a prisão civil em decorrência de outras obrigações, como, por exemplo, a de não fazer. Celebres são suas palavras ao assunto que devem ser transcritas *in totum*:

Caso o objetivo da norma fosse o de proibir *toda e qualquer prisão*, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, *não haveria como explicar a razão pela qual deu conteúdo à prisão civil, dizendo*

¹¹⁹ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 242.

¹²⁰ Ibidem, p. 243.

que 'não haverá prisão por dívida'. É pouco mais que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie* de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil. O que importa saber, assim, é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da ideia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, a prisão vedada somente pode ser a prisão por 'débito'.¹²¹

Há de se concordar com o supramencionado Autor. A constituição, ao tratar do gênero prisão civil, indicou a espécie que está vedada, a decorrente de dívida. Tem-se, assim, duas características elucidadas: a primeira, que a constituição somente proibiu a prisão civil em decorrência de dívida; a segunda é que o art. 461 do CPC autoriza que sejam utilizados os meios necessários para a prestação jurisdicional efetiva.

Pontes de Miranda, também coadunando com o entendimento trazido à lume, faz interpretação restritiva do texto constitucional, leia-se:

A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não se sejam de *dívidas* em sentido estrito (e.g., depósito, comodato, fidúcia real), nem multas ou custas.¹²²

Consonante com este entendimento, Alexandre Camâra, ao se perguntar quais os limites imputados ao magistrado, em decorrência da autorização do art. 461 do CPC, explica que “a vedação constitucional é a de prisão por dívidas [...] e não a por descumprimento de ordem judicial”¹²³. O raciocínio é plenamente lógico e congruente, havendo dispositivos espaços no ordenamento pátrio que se complementam. De um lado, a constituição faz parcial limitação à prisão civil, de outro, o código de processo enaltece a necessidade da prestação efetiva, que, constatado o direito, reconhecido pelo magistrado, deve ser tutelado. Por fim, o art. 330 do Código Penal¹²⁴ traz a plena aplicabilidade da prisão por descumprimento de ordem judicial, podendo ser cível ou não, visto que não há qualquer ressalva.

A prisão por descumprimento de ordem judicial merece análise mais detalhada. Trata-se de prisão penal, que decorre de descumprimento de uma decisão originada por um funcionário público, podendo ser, inclusive, “juiz cível”, em que tenha proferido uma obrigação de fazer, por exemplo. Não se trata de coerção indireta, propriamente dita.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p.85.

¹²² MIRANDA, Pontes de. *apud* p. GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 245.

¹²³ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 243, p. 243.

¹²⁴ Código Penal. Art. 330. “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

Não possui característica acessória, em que cumprida a obrigação estará livre o executado, ou, ainda, o caráter periódico da execução indireta.

Trata-se de prisão que tramitará sob a exegese do ordenamento penal, sendo o crime perquirido por um juiz penal. Perceba-se que, mesmo cumprida a ordem do juiz cível, após praticado o crime, haverá a investigação criminal, observado que, o processo cível, que originou a obrigação e o penal, que apura o crime de desobediência são completamente independentes.

Há de se concordar com Eduardo Talamini que “a perspectiva de cometer o crime e se punido serve para induzir o réu ao pronto cumprimento do comando judicial. Reflexivamente, portanto, a sanção penal pode funcionar como meio de coerção processual civil”.¹²⁵

Alude-se, neste momento, que parte ínfima da doutrina corrobora com a possibilidade da prisão civil. Isto posto, por amor ao debate, traz-se à lume a corrente doutrinária dissonante.

De início, é ponto pacífico entre os citados doutrinadores que a constituição federal, ao vedar a prisão civil por dívida, art. 5, LXVII, entendeu o termo “dívida” como obrigação civil. Aludem, diante da interpretação extensiva e errônea, que é impossível toda e qualquer prisão em decorrência de uma obrigação originalmente cível.

O Dicionário Aurélio explica que dívida é “aquilo que se deve” ou “obrigação de dever”¹²⁶. Percebe-se, entretanto, que os doutrinadores que vedam a prisão civil exercem uma cognição rarefeita, tentando ampliar o sentido da palavra supramencionada sob a ficta alegação de haver correspondência no ordenamento pátrio, o que não deve prosperar.

Já fora devidamente mencionado que, basta fazer uma interpretação lógica e sistemática, usando o critério hermenêutico literal. Se o legislador quisesse, de fato, proibir a prisão civil, não especificaria a decorrência da dívida, mas, apenas citaria que “é proibida a prisão civil”. Nota-se na doutrina dissonante a perspectiva da prisão como meio odioso, violando a liberdade do executado. De fato, trata-se de meio perverso,

¹²⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. V. 1. 1998, p. 158.

¹²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico**. Versão 5.11 a. Editora Positivo informática, 2004.

que deverá ser usado somente em casos drásticos, e não a qualquer momento, daí ser considerado a *ultima ratio*, e não meio corriqueiro.

Ovídio Baptista Silva, em desacertado entendimento, cita que:

A Constituição se refere à 'prisão por dívida', mas, ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária, ou comumente monetária, que é a obrigação alimentar; e a outro, que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel. Se a prisão por dívida que não fossem monetárias estivessem sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso do depositário infiel.¹²⁷

Leciona Leonardo Greco que somente podem ser aplicadas as medidas coercitivas legalmente previstas, aplicando-se o quanto previsto no art. 461, § 5º do CPC, somente aos casos de sub-rogação de obrigação fungível, o que se trata de pensamento retrogrado. Ato contínuo, tenta fundamentar esta ideia com base no princípio da legalidade, já que não há a previsão expressa da prisão civil.¹²⁸

Ato contínuo, o supramencionado Autor, ao mencionar o crime de desobediência, já devidamente tratado, alude que:

Quando a relação jurídica de direito material é estritamente privada, parece-me inteiramente incabível a utilização dessa providência, que viola a dignidade da pessoa humana do devedor, restaurando anacronicamente a perda da liberdade da pessoa como instrumento de cumprimento de obrigações ou de cobrança de dívida.¹²⁹

Data vênia, como dito alhures, não deve prosperar o entendimento dos citados autores. Primeiro, o rol apresentado no artigo 461, §5, é meramente exemplificativo, conforme entendimento majoritário da doutrina. Observa-se, ainda, a superficial alegação de que o artigo 5º da constituição, inciso X, utiliza o termo "dívida" de forma extensiva, inclusive, arguindo que o instituto do depositário infiel não decorre de relação obrigacional, e, em decorrência disso, o legislador nunca tivera o animus de especifica uma modalidade de prisão civil (a prisão em decorrência de dívida).

4.2.3.1 Posicionamento jurisprudencial

¹²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 535.

¹²⁸ GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. V. 2. 2001. p. 498.

¹²⁹ Ibidem, p. 500.

A jurisprudência tem sido avessa à possibilidade da prisão civil, sob os mesmos argumentos dos doutrinadores mencionados outrora. Isto posto, passa-se a observar os julgados dos tribunais superiores, compreendendo a *ratio* das decisões.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou que: “as decisões a que se referem os agravantes (tutela antecipada e sentença) geraram uma obrigação de natureza civil à ré/agravada, cujo descumprimento não pode ensejar a prisão civil como penalidade, ante a ausência de expressa previsão constitucional”.¹³⁰ Ato contínuo, o Relator Alexandre Lazzarini, objetivando justificar a decisão que indeferiu a aplicação da prisão civil, argumentou que: “Em que pese o rol do referido parágrafo ser exemplificativo, quando se cogita em prisão de qualquer pessoa, até em homenagem aos instrumentos internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil [...], há que se fazer interpretação restritiva”.

O entendimento apresentado não é isolado, havendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul coadunado com o entendimento supramencionado. Desta forma a Desembargadora Regina Lúcia Passos aduz que:

A jurisprudência é uníssona em reconhecer que o Magistrado, no exercício de jurisdição cível, é incompetente para decretar prisão por descumprimento de ordem judicial. Destaque-se que o disposto no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil autoriza o juiz determinar as medidas necessárias, a fim de obter o resultado prático a que se destina o cumprimento da obrigação de fazer de forma irrestrita. Por tais razões e fundamentos, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, reformando-se a R. decisão recorrida, apenas para afastar a decretação de prisão do gerente do banco.¹³¹

¹³⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER DETERMINADA PELO JUIZ. PEDIDO DE PRISÃO DO GERENTE DA RÉ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Pedido de prisão do gerente da ré (pessoa jurídica), fundado no descumprimento de obrigação de fazer. Indeferimento. Manutenção. 2. Ausência de autorização constitucional. Obrigação de natureza civil. 3. Eventual prática de crime que deverá ser apurada pelas vias adequadas. 4. Pedido de bloqueio de contas que não foi objeto da decisão agravada. Impossibilidade de análise, sob pena de supressão de instância. 5. Agravo de instrumento não provido. (TJ-SP, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 11/03/2014, 9ª Câmara de Direito Privado).

¹³¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. Decisão recorrida que determina a apresentação de documentos. Cumprimento do provimento jurisdicional. Ônus da instituição financeira. Impossibilidade de aplicação de decretação de prisão por crime de desobediência. Aplicação do art. 461, § 5 do CPC. Reforma parcial. Precedentes citados: 0057097-02.2013.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. ANTÔNIO CARLOS BITENCOURT - Julgamento: 28/05/2014 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 0023270-63.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. RENATA COTTA - Julgamento: 16/06/2014 TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJ-RJ, Relator: DES. REGINA LUCIA PASSOS, Data de Julgamento: 29/10/2014, VIGÉSIMA QUARTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR).

Por fim, dentre os que discordam da possibilidade da prisão cível, excetuado o casos de alimentos, cumpre trazer à lume o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹³². Tamanha a importância deste julgado sob esta monografia, que se fará uma análise paulatina do entendimento desta corte.

Primeiramente, segundo a colenda corte, não pode o juiz cível determinar a prisão por descumprimento de ordem judicial, visto que é de competência do juiz criminal averiguar se houve, de fato, o crime de desobediência:

Sustenta a Impetrante que a ameaça de prisão que paira sobre a Paciente, decorre de eventual prática do delito de desobediência, tipificado no art.330 do Código Penal, motivo pelo qual o 'magistrado da área cível não pode, em hipótese alguma, invadir a competência do juízo criminal para decretar a prisão da parte que deixou de cumprir decisão proferida em ação de vara de família, principalmente pelo fato de ser uma decisão equivocada e injusta'.

Ato contínuo faz-se uma análise crítica sob o art. 461, § 5º do CPC, aduzindo que as medidas cabíveis não abarcam a prisão por descumprimento, conforme posicionamento jurisprudencial em notas.¹³³

Por fim, arrebatada aduzindo a impossibilidade da prisão civil, em sentido amplo, alegando que somente poderá o magistrado de competência cível determinar a prisão do executado em casos de descumprimento de pensão alimentícia: "Sobressai a ilegalidade da ameaça concreta de prisão, pois emanada de juízo no exercício da jurisdição cível, fora das hipóteses de depositário infiel ou de devedor de alimentos".¹³⁴

De fato, há de se reconhecer que não é competente o juiz cível para determinar a prisão por crime de desobediência, por haver um conflito de competência. Assim, deve o juiz cível, se acreditar que há justa causa, encaminhar a cópia dos autos do processo cível para o competente juiz criminal, para faça a persecução criminal, se achar cabível.

Há de se manter o entendimento sobre perfeita consonância do ordenamento pátrio, que autoriza, de forma tácita, a aplicação da prisão civil, determinada pelo juiz cível,

¹³² STJ - HC: 202863, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 25/04/2011.

¹³³ E essas "medidas necessárias", exemplificadas no § 5.º do art. 461 do Código de Processo Civil, não incluem ordem de prisão por crime de desobediência, mesmo porque "É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial" (MC 11804/RJ, 6.ª Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 05/02/2007).

¹³⁴ STJ - HC: 202863, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 25/04/2011). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18812118/habeas-corpus-hc-202863>. Acesso em 23 nov 2014.

desde que tenha o intuito coercitivo, conforme inúmeras vezes aduzido e comprovado neste trabalho monográfico.

4.3 DAS CONSTRIÇÕES INOMINADAS

Primeiramente, reitere-se o quanto aludido inúmeras vezes nesse trabalho: o artigo 461 apresenta rol exemplificativo, devendo o magistrado tomar a medida cabível para que o bem da vida, quando justo, seja entregue ao demandante. Percebe-se, como limite constitucional a impossibilidade de pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruel.¹³⁵

Deve-se, ainda, conforme aludido outrora, perceber limites implícitos, como o princípio da proporcionalidade do meio executivo, a necessidade e adequação deste meio, a onerosidade trazida ao executado, entre outros indicativos. Perceba-se o quanto aludido por Marinoni e Arenhart:

É possível, assim, sempre com o objetivo de dar efetividade à decisão, interditar direitos, a exemplo da cassação de licença especial, da proibição de contratar com o Poder Público, da proibição do exercício de certa atividade por um período de tempo. Desde que o meio executivo não viole garantia constitucional, sua utilização é perfeitamente possível.¹³⁶

Salienta-se que o ordenamento não apresentou a prisão civil como meio coercitivo, e, desta forma, deve ser observada como um meio coercitivo indireto. Lima Guerra lecionada que “merece um exame especial a possibilidade de se aplicar a prisão civil como medida coercitiva inominada [...] esse entendimento vem sendo sustentado por importante segmento da doutrina nacional mais recente”.¹³⁷

O entendimento supramencionado foi devidamente recepcionado pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso a seguir analisado trata-se de litígio que tem como cerne

¹³⁵ Constituição da República Federativa Brasileira de 1998. Art. 5º. [...] XLVII. não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis [...]”.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 89.

¹³⁷ GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 242.

a prestação de medicamento de auto custo. Leia-se o entendimento do colendo tribunal¹³⁸:

O art. 461, 5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias 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", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

¹³⁸ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. 1. O art. 461, § 5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias 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", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RI-TUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas do ora recorrido, depositadas em conta corrente. 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: "Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente." 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 7. *In casu*, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrido em fornecer o medicamento necessário à recorrente. 8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 9. Agravo Regimental desprovido. (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 21/08/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA).

Note-se que, primeiramente, fora reconhecido o caráter exemplificativo do supramencionado artigo, podendo, inclusive, ser determinado o sequestro ou bloqueio de verbas do Estado. Há, ainda, magnífica manifestação do supramencionado tribunal ao mencionar que:

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Em acertado entendimento, o STJ apresenta a vida como bem supremo, devendo ser tutelado de forma ímpar, podendo, inclusive, ser determinado o bloqueio de verbas do Estado. Entretanto, entra em contradição ao impossibilitar a prisão de um gestor de pleno de saúde que, mesmo com ordem judicial para autorizar uma cirurgia de risco, não determina a realização do procedimento médico. Veja-se que em ambos os casos o bem tutelado é a vida, que, como dito no supramencionado julgado, “há de superar quaisquer espécies de restrições legais”.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro lecionou que:

Não se trata, apenas, do medicamento no sentido estrito. Porém, tudo o que diz respeito à manutenção da vida, daí não existir afronta ao princípio da Separação dos Poderes e enquanto faltarem medicamentos, alimentos e hospitais o Judiciário será obrigado a intervir, como o fez neste processo, inclusive podendo bloquear verbas - REsp 900487/RS, relator o ínclito Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma em 13/02/2007, DJ de 28/02/2007, p. 222 – ementa reproduzida na decisão relatorial.¹³⁹

¹³⁹ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA AJUIZADA EM FACE DO ESTADO DO MUNICÍPIO DE ITAPERUNA E DO RIO DE JANEIRO. DIREITO À VIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INTEMPESTIVIDADE POR PREMATURIDADE DO RECURSO DO MUNICÍPIO. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO COM BASE NO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - No entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, consagrando aquela Corte que o Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Medicamentos não se traduzem, apenas, a produtos farmacêuticos específicos, II - O Superior Tribunal de Justiça consagra que "Em qualquer das duas situações - impugnação prematura e oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso por efeito de sua extemporânea interposição. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto"; III - Assim, havendo interposição de recurso e posterior julgamento de embargos de declaração, impõe-se à parte o dever de ratificar o recurso interposto; IV - "A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível ou, representando tudo o que pode ser aplicado na preservação da vida; no caso, de leite especial de que a criança necessita, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. (.). A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. (.).", proclama o colendo Superior Tribunal de Justiça que acrescenta: "O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, pois trata-se

São infinitos os recursos postos ao magistrado, este, pode determinar que sejam bloqueado o fornecimento de gás de um condômino inadimplente, estimulando que este último venha a cumprir suas obrigações *propter rem*. Pode-se, ainda, determinar que seja interditado um elevadores de uma empresa, obrigando os funcionários a se locomoverem de escada, gerando um transtorno-coercitivo.

Em evolução legislativa, o Novo Código de Processo Civil, ainda em tramitação, entabula em seu Art. 550 que o juiz poderá “determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.”. Ato contínuo, no mesmo artigo, leciona que: “O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.”¹⁴⁰

O supramencionado texto, já aprovado pela Câmara de Deputados, demonstra algumas características de suma importância: poderá ser determinada as medidas cabíveis, inclusive a determinação de prisão civil, se necessária for. Desataque-se que, descumprida a ordem judicial, poderá o executado incorrer em crime de desobediência, previsto, até o presente momento, no Código Penal, já devidamente analisado.

É, de fato, uma evolução normativa, em que passa o Código de Processo Civil a visualizar a prisão por desobediência no âmbito executório. Não se trata, ainda de confusão entre os institutos. A prisão civil, de possível aplicação, conforme entendimento reiterado inúmeras vezes, não se confunde com a prisão por crime de desobediência, de competência penal.

Percebe-se, com a nova redação, que o ordenamento pátrio percebeu tal distinção, entretanto, não autorizando expressamente a prisão civil. A falta de manifesta

não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica”; V - “O Princípio da Separação dos Poderes não é mote - nem pode ser transformado em tal - para o esvaziamento da função judicial de controle da Administração Pública, sobretudo quando estiverem em jogo a vida e a segurança das pessoas”; VI - Recursos aos quais se nega seguimento com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil. (TJ-RJ - APL: 00015644820118190026 RJ 0001564-48.2011.8.19.0026, Relator: DES. ADEMIR PAULO PIMENTEL, Data de Julgamento: 17/11/2014, DÉCIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 19/11/2014 10:12).

¹⁴⁰ Projeto de Lei nº n.º 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Art. 550. No cumprimento da 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. § 4º. O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

autorização é desnecessária, já que há, conforme aludido, autorização tácita para tal instituto, seja pela perspectiva constitucional, seja pela processual cível.

Enfim, respeitados os limites amplamente trabalhados, o magistrado pode usar sua criatividade para assegurar o resultado efetivo da demanda, principalmente quando houver direito fundamental a ser tutelado, coagindo indiretamente o executado ao cumprimento da obrigação, seja no código processual vigente, seja no futuro, ao que tudo indica.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, considerando o estudo realizado sobre a execução indireta como meio coercitivo para se obter prestação jurisdicional efetiva, principalmente quando conflitantes direitos fundamentais, conclui-se que:

I. Observando a evolução histórica dos direitos fundamentais, principalmente nas cartas magnas, conclui-se que é obrigação do estado garantir a prestação efetiva da jurisdição. Destaque-se que a muito fora superada a ideia de igualdade formal, devendo o Estado garantir que os direitos fundamentais do cidadão seja cumprido por ele, bem como pelos outros cidadãos, havendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais - *drittwirkung*.

Assim, fora percebido, também, que, eventualmente, direitos fundamentais pudessem entrar em conflito, e, para resolver tal problemática, coadunou-se com o entendimento explanado por Robert Alexy, em que, havendo tais conflitos, deve-se usar a ponderação, compreendo-a em seu sentido *lato*, bem como, seus elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade.

II. Ato contínuo, estudou-se a execução, principalmente como meio quase que necessário para se obter a efetividade da prestação jurisdicional. Distinguiu-se a execução direta da indireta, indicando a necessidade desta segunda para o cumprimento de ordens judiciais tocantes a obrigação de fazer, não fazer, ou, ainda, dar coisa certa, sendo o objeto dessas obrigações fungíveis ou infungíveis.

Apresentou-se, ainda, de forma sumária, importantes modos de executar indiretamente uma pessoa, podendo ser de forma benéfica ou, ainda, maléfica, prejudicando o patrimônio (constrição patrimonial) ou a pessoa (constrição pessoal – prisão civil).

Ocorre que, não se pode compreender o magistrado como um Deus, que tudo pode, devendo haverem balizadores, de forma que sejam limitadas as ordens judiciais. Isto

posto, tornou-se objeto de estudo os seguintes princípios: menor onerosidade do executado, proporcionalidade e efetividade. Servem, junto com a ponderação supramencionada, como norteador, tornando a execução justa

III. Posteriormente, viu-se a necessidade de analisar os meios da execução indireta de forma específica, analisando, de início, a figura da *astreinte*, como surgiu, suas principais características, quem deveria receber os frutos deste instituto francês, e, por fim, sua falibilidade. Conforme devidamente observado no tópico pertinente, a multa ataca a vertente patrimonial do devedor, e, sendo este demasiadamente rico ou pobre, a multa torna-se ineficiente. Citou-se, ainda, que diante de alguns casos, como de saúde, é vantajoso ao executado descumprir a ordem judicial, favorecendo-se do atraso do judiciário para apenas pagar o valor acessório e não o principal da demanda.

Assim, percebeu-se que há a necessidade de se utilizar outros meios para incentivar o executado a cumprir a ordem judicial, motivo pelo qual questionou-se a possibilidade da utilização da prisão civil como meio coercitivo. Necessário, nesse contexto, a análise minuciosa da prisão civil no ordenamento pátrio, observando a Constituição Federal, bem como dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que sumulou a proibição da prisão do depositário infiel, tão somente.

Debateu-se, também, a aplicabilidade da mencionada prisão como meio coercitivo, percebendo-se a plena aplicabilidade. Cite-se que a prisão civil não se confunde com prisão prevista no Código Penal, por crime de desobediência, por se tratarem de institutos distintos, embora não se possa negar que se trata de meio errôneo para induzir o executado ao cumprimento.

No tocante aos meios para coagir o executado, entendeu-se que as medidas apresentadas são exemplificativas, podendo o magistrado utilizar-se dos meios inominados, desde que respeitados os balizadores outrora comentados.

IV. Conclui-se, diante de toda a atenção dispendida, principalmente quando há direito fundamental a ser tutelado, ser de imprescindível importância a utilização da execução indireta. Trata-se de meio necessário para a obtenção da prestação jurisdicional efetiva em inúmeros casos.

Conforme dito alhures, os tribunais superiores tendem a limitar a atuação do magistrado de forma errônea, principalmente ao proibir, de forma desarrazoada, a prisão civil. A interpretação feita à Carta Magna pela maioria doutrinária e jurisprudencial é rarefeita,

não havendo lógica em declarar a inaplicabilidade da prisão civil, salvo o caso de inadimplência alimentícia injustificada e voluntária.

Não se quer que seja determinada a prisão do executado de forma indiscriminada, mas que, diante de conflitos entre direitos fundamentais, haja o sopesamento aludido por Humberto Ávila. No caso da prisão, percebe-se que somente poderá haver sua determinação quando houver a vida sendo tutelada na balança, contrapesando com a liberdade do executado.

Finda-se este trabalho monográfico com a esperança de que sejam utilizados os meios coercitivos corretos (adequados, necessários e proporcionais), sempre sob a ótica da efetividade, sendo entregue ao postulante, em tempo hábil, o direito pleiteado, de forma que seja feita a real justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ALVES, Nadia Castro. **Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação**. *Revista Meritum*. V. 5. Belo Horizonte. Jan./Jun 2010

ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2005, p. 24.

BASTOS, Antônio Adonias. **Teoria Geral da Execução**. Salvador. Editora JusPodivm. 2010

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Daniela Beccaccia (trad.). São Paulo. Manole. 2007.

BONIVADES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2007

BRASIL. Constituição (1824). Carta de Lei: promulgada em 25 de março de 1821. In: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 03 out 2014.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. In: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 03 out 2014.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em: 18 de setembro de 1946. In: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 17 out 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. In: Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 15 out 2014.

BRASIL. Código de Penal (1940). Lei nº 2.848, de 08 de dezembro de 1940. In: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 out 2014.

BRASIL. Lei 5.478 de 25 de julho de 1968. In: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm>. Acesso em: 10 out 2014.

BRASIL. Decreto nº 678 de 1992, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em: 15 de nov. de 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº n.º 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=84496&tp=1>. Acessado em: 25 de nov. de 2014.

BRASIL. Súmula Vinculante nº 25. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acessado em: 05 de nov. de 2014.

BRASIL. Súmula nº 309. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0309.htm>. Acessado em 05 de nov. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90.983, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.9.2008, DJe de 13.5.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acessado em: 23 de nov. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1434469 MG 2014/0028798-0. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25037540/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1434469-mg-2014-0028798-0-stj>. Acessado em: 19 de nov. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 202863. 25 abr. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18812118/habeas-corpus-hc-202863>>. Acesso em 23 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 21/08/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810017/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1002335-rs-2007-0257351-2>>. Acessado em 20 de nov. de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Medida Cautelar, da 6ª Turma, RJ. 05 de jan. 2007 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18812118/habeas-corpus-hc-202863>>. Acesso em 12 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de nº 0055360-27.2014.8.19.0000, da 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, RJ. 05 nov. 2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150696672/agravo-de-instrumento-ai-553602720148190000-rj-0055360-2720148190000>>. Acesso em 22 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento, Relator: DES. REGINA LUCIA PASSOS, Data de Julgamento: 29/10/2014, VIGÉSIMA QUARTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR). Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139250559/agravo-de-instrumento-ai-232706320148190000-rj-0023270-6320148190000>>. Acessado em: 15 de nov. de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 00015644820118190026 RJ, Relator: DES. ADEMIR PAULO PIMENTEL, Data de Julgamento: 17/11/2014, DÉCIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 19/11/2014 10:12. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153672152/apelacao-apl-15644820118190026-rj-0001564-4820118190026>>. Acessado em: 15 de nov. de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 20669645320148260000 SP, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 22/05/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22 de mai. 2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120255364/agravo-de-instrumento-ai-20669645320148260000-sp-2066964-5320148260000>>. Acessado em 20 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 11/03/2014, 9ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123567205/agravo-de-instrumento-ai-20715636920138260000-sp-2071563-6920138260000/inteiro-teor-123567214>>. Acessado em: 10 de nov. de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região - APELREEX: 8337 SP 0008337-65.2009.4.03.6103, Relator: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, Data de Julgamento: 23/07/2012, Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21990920/apelacao-reexame-necessario-apelreex-8337-sp-0008337-6520094036103-trf3>>. Acessado em: 21 nov. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. 6 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra. Almedina Editora, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba. Editora Juruá, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER Jr, Fredie., CUNHA, Leonardo Carneiro da., BRAGA, Paula Sarno. e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execuções**. 3 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2011.

DIDIER Jr, Fredie **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously, p. 24-26, Apud ALVES, Nadia Castro. **Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação**. *Revista Meritum*. V. 5. Belo Horizonte. Jan./Jun 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico**. Versão 5.11 a. Editora Positivo informática, 2004.

GUERRA, Mauricio Lima. **Execução Indireta**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998.

GIUSEPPE, Chiovenda. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo. Editora Saraiva. V. 2. 1969.

GRECO, Leonardo. **A crise do processo de execução**. In: Fiuza, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coord.). **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

____. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. V. 2. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. e ARENHART, Sérgio Luiz. **Curso de Processo Civil – Execuções**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

____. **O Direito a Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais**. Curitiba. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 30 nov. 2014

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

SOUZA, Antônio Francisco. **Reuniões e Manifestações no Estado de Direito**. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 2011

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. V. 1. 1998

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. São Paulo. Editora RT. 1987, p. 30.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo. Editora RT, 2003.