



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

VALNEY BARROS RODRIGUES

**A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NO CUMPRIMENTO
DE SENTENÇA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA: UMA
BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO À LUZ DE
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS**

Salvador
2018

VALNEY BARROS RODRIGUES

**A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NO CUMPRIMENTO
DE SENTENÇA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA: UMA
BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO À LUZ DE
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito
Processual Civil.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

VALNEY BARROS RODRIGUES

A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA: UMA BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO À LUZ DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

Dedico o presente trabalho a todos os professores, colegas e familiares que de alguma forma contribuíram para a conclusão desta monografia.

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres” (Rui Barbosa).

RESUMO

A presente monografia apresenta estudo sobre a aplicação de medidas atípicas no curso do cumprimento de sentença e sua importância para a efetividade do processo à luz de princípios constitucionais e processuais. Tendo em vista as últimas alterações no código de processo civil, doutrina e jurisprudência buscam firmar entendimento quanto aos limites e balizas a serem utilizadas para aplicações de medidas executivas atípicas. Para encontrar os caminhos para aplicação destas medidas de forma a não afrontar princípios constitucionais e processuais, buscou-se entender o atual panorama processual, elencar os princípios a serem garantidos no curso do processo e no cumprimento de sentença bem como sua importância para a efetividade do processo. A partir destes princípios cuidou-se de eleger as balizas ou parâmetros que amparados nestes mesmos princípios mostram-se hábeis a afastar as medidas atípicas eleitas pelo magistrado do campo da ilegalidade e da inadequação. Por fim, realizou-se exame da aplicação prática do art. 139, IV do CPC/15 em duas situações distintas, assim como da necessária análise teleológica dos princípios e da importância da atuação do juiz na busca pela efetividade do processo, na escolha da adequada medida atípica no cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa.

Palavras chaves: efetividade; medidas atípicas, princípios, balizas, parâmetros.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

CNH – Carteira Nacional de Habilitação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PROCESSO, INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE	11
2.1 NOVA ORDEM PROCESSUAL	11
2.2 O PROCESSO E A SUA INSTRUMENTALIDADE	13
2.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEMAIS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS	18
2.3.1 Princípio do contraditório	19
2.3.2 Princípio da ampla defesa	20
2.3.3 Princípio da isonomia ou igualdade processual	21
2.3.4 Princípio da duração razoável do processo	22
2.3.5 Princípio do juiz natural	24
2.3.6 Princípio da inafastabilidade da jurisdição	25
2.3.7 Princípio da primazia da decisão de mérito	26
2.3.8 Princípio da boa-fé processual	27
2.3.9 Princípio da motivação e publicidade	28
2.4 A EFETIVIDADE DO PROCESSO	29
2.5. SINCRETISMO PROCESSUAL – A EXECUÇÃO COMO FASE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO	32
3 O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS TÍPICAS E ATÍPICAS	34
3.1 MEDIDAS EXECUTIVAS JUDICIAIS	35
3.2 MEDIDAS TÍPICAS E ATÍPICAS	35
3.3 A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA EXECUÇÃO E NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA	37
3.3.1 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	38
3.3.2 Princípio do contraditório	40
3.3.3 Princípio da responsabilidade patrimonial nas obrigações de pagar	42
3.3.4 Princípio da menor onerosidade e a máxima eficácia na execução	43
3.3.5 Princípio da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas judiciais	44
3.4 MEDIDAS EXECUTIVAS DO ART. 139, IV CPC/2015	46

3.5 PUNIÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL	49
4 MEDIDAS ATÍPICAS E SUA APLICAÇÃO NA EFETIVIDADE DO PROCESSO	52
4.1 O PODER-DEVER DO JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO	53
4.2 A ESCOLHA DA MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA ADEQUADA AO CASO CONCRETO	55
4.2.1 A demonstração da razoabilidade e proporcionalidade	55
4.2.2 A prioridade de aplicação das medidas executivas típicas	56
4.2.3 A medida atípica não pode ser sanção, deve ser meio executivo para realização do Direito	57
4.2.4 A medida deve causar a menor restrição possível ao executado	58
4.2.5 A escolha da medida executiva atípica deve estar devidamente fundamentada e submeter-se ao contraditório	59
4.2.6 O respeito ao elemento teleológico da norma	60
4.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DO ART. 139, IV, CPC/2015 – CASO DA APREENSÃO DE CNH E DO PASSAPORTE DO EXECUTADO	61
4.3.1 Comentários ao exemplo de caso na apreensão de CNH – Agravo de instrumento nº 2084072-90.2017.8.26.0000 – Tribunal de Justiça de São Paulo	62
4.3.2 Comentários ao exemplo de caso na apreensão de passaporte – Agravo de instrumento nº 0700302-26.2017.8.07.0000 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios	64
4.4 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA BUSCA PELA TUTELA EXECUTIVA EFETIVA	68
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cujo tema é a Aplicação de Medidas Atípicas no Cumprimento de Sentença para Pagamento de Quantia: Uma Busca pela Efetividade do Processo à Luz dos Princípios Constitucionais e Processuais, tem o objetivo de analisar de que forma a eleição de medidas atípicas no curso do processo pode emprestar-lhe efetividade sem que estas medidas afrontem aos princípios constitucionais e processuais. Neste sentido, busca ainda fornecer balizas para que o magistrado possa pautar sua escolha de forma razoável, proporcional e em sintonia com o ordenamento jurídico.

Tem como problemática, a aplicação de medidas atípicas como forma de conceder maior efetividade ao processo. A aplicação de medidas atípicas tem encontrado resistência feroz, sobretudo dos executados que frequentemente fundamentam suas defesas na afronta a princípios constitucionais e processuais. Defesas estas que se detidamente analisadas, sobretudo a luz do caso concreto e dos elementos teleológicos dos princípios alegadamente afrontados, revelam-se desprovidas de fundamento. A análise do caso concreto demonstra-se fundamental no correto sopesamento entre princípios à luz do seu real elemento teleológico.

O tema proposto despertou interesse particular, diante da lamentável realidade encontrada em que muitas vezes o autor obtém sentença favorável, mas não consegue o bem da vida pretendido, porque o executado resiste à execução, oculta seu patrimônio e defendendo-se de forma manifestamente protelatória, atrasa toda a marcha processual.

Perante esta realidade, o Estado, como que resignado pela dificuldade encontrada em dar efetividade ao processo, não raro, permanece inerte frente a necessidade de efetiva prestação jurisdicional. Neste sentido a aplicação de medidas atípicas demonstram-se valiosas ferramentas capazes transcender a sonegação de patrimônio e vergar o executado, compelindo-o a adimplir a execução.

Para trilhar o caminho da adoção de medidas atípicas no curso do cumprimento de sentença ou no processo de execução, como forma de dar maior efetividade ao processo, oportuno investigar inicialmente a instrumentalidade do processo, seus objetivos e de que forma o direito processual se relaciona com o direito material. Requer ainda análise detalhada dos princípios processuais e constitucionais aplicáveis ao longo de todo o curso processual.

Para aplicação das medidas atípicas autorizadas pela cláusula geral de efetivação do art. 139, IV do CPC/2015, merece análise as medidas executivas judiciais, típicas, atípicas, diretas e indiretas, bem como os princípios a serem respeitados durante a execução e cumprimento de sentença.

Diante da falta de regramento específico para firmar os limites na aplicação de medidas atípicas, faz-se oportuno elencar balizas ou parâmetros norteadores para que o magistrado possa eleger as medidas atípicas adequadas ao processo. Nesta trilha, a análise do caso concreto demonstra-se fundamental para eleição e formatação destas medidas como forma de não macular o processo com medidas executivas, que em última análise venham a afrontar princípios processuais e constitucionais.

Por fim, importa traçar breve análise da atuação do juiz na busca pela efetividade do processo. Atuação esta, que não deverá limitar-se a mero espectador, ao contrário, deverá proceder como um dos protagonistas do processo, para juntamente com as partes zelar pelo bom andamento e pela efetiva prestação jurisdicional do processo.

Este estudo pautou-se na metodologia de abordagem dedutiva. Com relação ao procedimento teve como método aplicado o monográfico. Baseou-se ainda na técnica de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como fontes principais, doutrinas, leis, artigos científicos, julgados jurisprudência e publicações jurídicas.

2 PROCESSO, INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE

2.1 NOVA ORDEM PROCESSUAL

Há muito o Direito Processual deixou de ser visto apenas como um anexo ou mero suplemento do Direito Material. Uma nova ordem processual se impôs, emergindo dos tribunais e da doutrina, muito antes do surgimento do novo código. Esta nova ordem processual, também conhecida como neoprocessualismo, passou a tratar o processo de forma fluída, em uma relação quase que simbiótica com o Direito Material e totalmente alinhada com os princípios constitucionais

Prova deste alinhamento entre Direito Processual e Direito Constitucional está nos princípios constitucionais que permeiam o CPC/2015. Algumas dessas normas representam verdadeiras normas de direito processual fundamental, que apesar de espalhadas por todo o Código de Ritos, concentram-se em maior medida no primeiro capítulo do *códex* processual. Estas normas, como bem sugere o título deste capítulo no código, são fundamentais e deverão nortear a aplicação das demais normas processuais.

Fredie Didier (2017, p. 71), referindo-se a estas normas entende que:

A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis - é, por isso, também, uma norma de interpretação das fontes do Direito Processual e de aplicação de outras normas processuais.

Essa nova ordem processual trouxe ao processo, como dito, maior alinhamento aos preceitos constitucionais consagrando desta forma os direitos fundamentais. Não obstante, esta transformação ocorreu concomitantemente ao aumento da força normativa dos princípios e da sua eficácia normativa, e passou a reconhecer a atividade jurisdicional como normogenética. Hodiernamente a atividade jurisdicional não se limita a “dizer o direito”, vez que passou a interpretá-lo, e como consequência a criar o direito para o caso concreto. Através da hermenêutica jurídica, sob o baluarte da concretização das normas processuais e constitucionais, obtém-se as normas a serem aplicadas não apenas ao caso concreto, mas também em casos congêneres.

Nesta senda, a busca pela efetividade do processo, impõe a necessidade de romper com as amarras do normativismo legalista, e ceder espaço a aplicação e realização de princípios constitucionais e processuais. No pensamento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2005, p. 11), eis o caminho a tomar para este rompimento.

Se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos.

Desta forma a atividade jurisdicional tornou-se mais ativa, mais fluída, evoluída em relação a letra fria da legislação infraconstitucional e mais próxima dos preceitos constitucionais. Conforme nos ensina Hermes Zaneti Junior (2014, p. 179):

Com isso, construiu-se a base para a afirmação de que, no estágio da nossa ciência processual, não faz nenhum sentido ficarmos presos às limitações infraconstitucionais, que estão em desacordo com os objetivos da Constituição de 1988: um processo efetivo e que observe o máximo possível de segurança jurídica.

Lado outro, a estreita relação entre Direito Processual e Direito Material, surge do entendimento de que o conteúdo do processo representa a discussão de uma relação jurídica, e esta relação jurídica por óbvio, está pautada nas normas do Direito Material. Desta forma, material e processual, não estão dissociados, mas sim atados em uma relação íntima e circular, onde um depende do outro para concretizar a prestação jurisdicional. No dizer de Fredie Didier Jr. (2017), a relação de complementaridade entre direito material e processual, assemelha-se a relação entre o engenheiro e o arquiteto, enquanto um projeta, o outro executa.

Há ainda que se ressaltar importante característica presente no neoprocessualismo, qual seja, a desburocratização dos procedimentos e a busca incessante pelo processo justo, pela celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

Neste sentido, para Humberto Teodoro Junior (2015), o processo justo, pautado em um código “moderno, republicano e democrático”, deveria atender à instrumentalidade, efetividade e a celeridade na prestação jurisdicional. Deveria ainda pautar-se pela busca da verdade dos fatos, onde não haveria espaço para “espertezas” dos litigantes em valerem-se de técnicas processuais para desvirtuar os objetivos do processo.

Neste panorama, estamos diante de uma ordem processual baseada em princípios fundamentais constitucionais, que por estarem presentes no código processual sob a forma de normas fundamentais, têm o condão de atuar, de forma mais ampla e soberana quando comparada à ordem processual anterior.

2.2 O PROCESSO E A SUA INSTRUMENTALIDADE

Antes de adentrar ao tema proposto, faz-se necessária breve reflexão a respeito da conceituação do processo. Conceituar algo, é tarefa árdua, vez que o autor estará sempre pelejando com o risco em olvidar-se de algum atributo ou característica do objeto em análise. Reter o conceito de processo em apenas algumas linhas é tarefa que beira o impossível, vez que o objeto em questão é amplo e multifacetado. Com o objetivo de auxiliar nesta tarefa, serão reproduzidos a seguir alguns dos conceitos e definições de processo dentro deste panorama de instrumentalidade e concretização de princípios constitucionais, talhadas por doutrinadores contemporâneos, que pelos motivos expostos anteriormente, de forma alguma devem ser entendidos como conceito único e geral desses autores.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2017), o processo transcende sua instrumentalidade na medida em que atribui ao juiz o dever de aplicar o direito ao caso concreto, interpretando a legislação sob o pálio dos direitos fundamentais. Assim:

Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à simples atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a tutela dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado Constitucional, além de atribuir significado aos dispositivos constitucionais, legais e caso concreto, tem o dever de compreender a legislação na dimensão dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2017, p. 348).

No entender de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2016), a forma e o meio utilizados para o alcance da justiça material são tão importantes quanto a própria

efetivação desta justiça. O processo deve ser entendido como um meio, que apesar de orientado a resolução da questão litigiosa, deve ser idôneo, prezar pelo devido processo legal, observar o contraditório, pautar-se pelas decisões motivadas, pela publicidade e pelo respeito aos princípios constitucionais. Neste sentido, diz que:

O processo não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio, um instrumento para permitir a justa composição do litígio, ou seja, a resolução da questão de direito material objeto do conflito, visando a alcançar o seu escopo social e jurídico de pacificar com justiça. (CARNEIRO, 2016, p. 88)

Flávio Tartuce (2016), enxerga clara interação entre Direito Material e Processual, entendendo que esta relação deverá se intensificar na medida em que se consolidam princípios como a boa-fé processual, cooperação processual e com a constitucionalização do processo. Vejamos:

Com base na instrumentalidade, deve-se conceber o processo como um instrumento de atuação dos valores consagrados no plano do direito material. Em termos de efetividade, deve-se considerar, como bem expôs Liebman, que, sem o processo, o direito (material) estaria abandonado apenas à boa vontade dos homens, correndo o risco de não ser atuado; já o processo sem o direito (material) seria um mecanismo fadado a cair no vazio, privado de conteúdo e objetivo. (TARTUCE, 2016, p. 69)

A nova legislação processual foi pensada e construída a partir da CF/1988, não apenas para trazer em seu texto algumas das normas constitucionais fundamentais, mas para efetivamente estabelecer o *modus operandi* do processo civil brasileiro (CÂMARA, 2018). O novo *códex* traz em seu texto um conjunto de normas, através de regras e princípios constitucionais, que espalhadas pelo código representam verdadeiro processo civil constitucional. Desta forma:

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado *modelo constitucional de processo civil*, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de *devido processo legal* (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.

Todos esses princípios são implementados mediante as normas (princípios e regras) estabelecidas no Código de Processo Civil. O primeiro capítulo do Código destina-se, exatamente, a tratar dessas normas fundamentais do processo civil. Esta é, portanto, a sede em que se poderá encontrar o modo como o Código trata desses princípios. Registre-se, porém, que o rol de normas fundamentais entrado neste primeiro capítulo do CPC não é exaustivo (FPPC, enunciado 369), bastando recordar do princípio

constitucional do juiz natural, que ali não é mencionado.(CÂMARA, 2018, p. 8)

Por fim, cita-se a seguir, apenas uma das definições de processo concebida por Fredie Didier Jr. (2017, p.36), para quem “o processo pode ser examinado sob perspectiva vária” posto que serão igualmente variadas suas definições.

O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. (DIDIER, 2017, p. 45)

[...]

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo, cuja principal virtude é estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. (DIDIER, 2017, p. 45)

Neste sentido, o processo pode ser entendido como um instrumento pelo qual o Estado se propõe a solucionar relações jurídicas conflituosas, entregando a prestação jurisdicional através de um procedimento em contraditório no qual o direito material interpretado, transmuda-se em norma jurídica que passará reger a relação jurídica entre as partes.

Ponto comum em muitas definições e conceituações a respeito do processo é o fato de ser ele um instrumento, um meio para alcançar algo. Destarte, todo instrumento serve a algum propósito, todavia, só terá efetividade se alcançar o objetivo a que se propõe. No caso do processo, entregar a prestação jurisdicional prometida pelo Estado.

Deste mesmo modo, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.177) ressalta que: “Todo instrumento, como tal, é meio; e todo *meio* só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina”. Portanto, a visão do processo como instrumento traz a reboque a necessidade de dar maior efetividade ao processo, pois apenas desta forma, através do alcance aos objetivos a que se propõe, alcançaria legitimação.

Esta visão instrumentalista do processo, lança sobre ele a expectativa de solução dos conflitos apresentados, da mesma forma que o impulsiona na direção criativa de ferramentas e alternativas que possibilitem a entrega de resultados melhores e mais efetivos. Entre estas alternativas importa citar a amplitude e limitações dos poderes do juiz e das partes, os meios de acesso à justiça, o tratamento dispensado às partes no processo, e a própria forma de ser do processo.

Tudo direcionado para o alcance dos objetivos do processo de forma efetiva (DINAMARCO, 2009).

Entretanto, antes de analisar a questão da efetividade do processo, revela-se oportuno adentrar um pouco mais na questão dos seus objetivos, da sua finalidade, do seu propósito, ou como abordado por Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra: *A Instrumentalidade do Processo*, os escopos da jurisdição, o que permitirá ao leitor compreender a utilidade do processo, evidenciando os impactos do processo na sociedade.

Há muito foi retirada dos particulares a prerrogativa de fazer justiça com as próprias mãos. O Estado assumiu o protagonismo, com exclusividade, para promover a justa composição de conflitos. Assim, cumpre ao Estado prover soluções para as relações jurídicas conflituosas apresentando não apenas os meios para a eliminação dos conflitos nas relações jurídicas através da sua função jurisdicional, como também “advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer um *meio efetivo para a realização da justiça*” (CINTRA, 2012, p. 46). É exatamente neste panorama que se impõe a abordagem de uma visão instrumentalista do processo, que deve ser visto como um meio para promoção desta pacificação social através da concretização do direito material.

Por este aspecto, é através da jurisdição que o Estado busca cumprir seu papel de realizar a pacificação social com justiça. De acordo com Alexandre Câmara (2011), o escopo jurídico do processo, representa a expressão da vontade concreta da lei, tendo ainda como objetivo, no exercício da sua função jurisdicional, manter a integridade do ordenamento jurídico.

Entretanto, o exercício da jurisdição não pode ater-se apenas ao seu escopo jurídico, é preciso atender ainda aos escopos social e político. Com efeito, ater-se apenas ao escopo jurídico é fugir às diretrizes do próprio Estado social (DINAMARCO, 1998). Ora, confinar o processo apenas ao seu objetivo jurídico, é também relegar ao segundo plano três outros grandes objetivos do processo, quais sejam, o de pacificar as relações sociais conflituosas, o de legitimar a jurisdição através da própria prestação jurisdicional e o de garantir a participação popular efetiva no processo

Para além do escopo jurídico, o escopo social tem como ponto central, a máxima da pacificação social. O termo merece ponderação uma vez que, a jurisdição pacifica apenas na medida em oferece às partes no processo uma

composição pautada no direito, reconhecida e aceita socialmente como o provimento judicial legitimado a estabelecer soluções para a relação jurídica conflituosa. Desta forma, “São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade” (DINAMARCO, 1998, p.189).

Cumprir destacar ainda, dentro deste escopo, a importância da coisa julgada para a pacificação social. Enquanto pendente de recurso, enquanto não imunizada, a decisão judicial não exerce seu papel pacificador. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (1998), é exatamente através da definitividade da decisão que se alcança a pacificação social, enquanto pairam incertezas sobre a decisão o estado de insatisfação permanecerá assombrando e angustiando as partes no processo.

Em outro giro, o escopo político do processo tem três objetivos principais: reafirmar a capacidade do Estado de decidir em nome dos seus jurisdicionados, comprometer-se com a liberdade enquanto valor e prover a participação ativa do cidadão na definição dos rumos da sociedade.

A manifestação do poder estatal em impor sua vontade de forma reiterada, se utilizando do processo como meio, decidindo e resolvendo conflitos de forma imutável e incontestável, empresta ao sistema jurídico, segurança e estabilidade. Características sem as quais a vida em uma sociedade justa e pacificada seria impossível.

Há ainda, no escopo político o viés da garantia à liberdade. O termo liberdade, neste caso, deve ser visto como a liberdade do cidadão amparada na lei. É esta liberdade que como em duas faces de uma mesma moeda, impõe as garantias e os limites à atuação do poder estatal perante o cidadão.

Por fim, o escopo da participação popular nos rumos da sociedade, representa em última análise a própria essência do Estado Democrático de Direito. Através deste escopo, o Estado põe à disposição dos seus jurisdicionados, ferramentas (a exemplo da ação civil pública e da ação popular) e garantias que permitirão a participação popular de forma efetiva.

2.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEMAIS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

A expressão devido processo legal, tem origem conhecida no Decreto Feudal Alemão de 1037, no qual pela primeira vez registra-se que todos se submetem à lei,

inclusive o imperador (DIDIER JR., 2017). Posteriormente serviu como inspiração para *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 entre Rei João da Inglaterra e pelos bispos e barões ingleses. Em apertada síntese, através deste documento, a exemplo do Decreto Feudal Alemão, o monarca renunciava a alguns dos seus direitos e se obrigava a respeitar a lei. Também conhecida como *law of the land* ganhou notoriedade entre os tratados internacionais de direitos humanos e as Constituições ocidentais como *due process of law*.

O devido processo legal, princípio consagrado em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, declara que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este é um princípio que extrapola seus efeitos para além das normas constitucionais, estendendo seu sentido genérico sobre o campo processual e material. No dizer de Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 590):

O devido processo legal no sentido genérico tutela os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, devendo-se entender neste sentido a previsão do art. 5º, LIV da Constituição. No sentido material ou substancial (*substantive due process*), a cláusula versa a respeito dos direitos materiais e à sua proteção por meio de processo judicial ou administrativo. No sentido processual (*procedural due process*), tem o sentido de atribuir-se aos litigantes diversas garantias dentro da relação jurídica processual. O postulado do *due process of law* seria suficiente para, por si mesmo, assegurar garantias processuais que outorgassem as partes um processo “justo”, isto é, possibilidade de contraditório, ampla produção de prova e revisão da decisão judicial.

Deve ser entendido em última análise como “direito fundamental ao processo justo” (SARLET, 2017, p. 755). Por ser uma cláusula geral, aberta, ao longo do tempo, sofreu inúmeras interpretações, o que fez transmutar o significado de processo legal e justo ao longo da história. Atualmente traduz-se em verdadeira proteção ao arbítrio e à tirania.

Importa ressaltar ainda que o referido princípio serve como substrato para todos os demais princípios constitucionais de Direito Processual que serão abordados nos tópicos a seguir. Assim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, igualdade processual, duração razoável do processo, juiz natural, da motivação, da publicidade, e todos os demais princípios processuais representam em verdade corolários do devido processo legal.

Nos tópicos seguintes serão analisados alguns princípios que demonstram grande relação com o tema proposto da garantia e da busca pela efetividade do

processo. Ressalte-se que não se pretende aqui exaurir todos os princípios aplicáveis ao processo.

2.3.1 Princípio do contraditório

Previsto no art. 5º, LV da CF/1988 e nos artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015, o princípio do contraditório guarda estreita relação com o princípio do devido processo legal, isto se deve ao fato de que, não existirá processo justo sem a observância do contraditório (CÂMARA, 2011). O princípio em análise deve ser observado em absolutamente toda a sorte de processos, independentemente de serem eles judiciais, administrativos, penais, etc. É princípio que deverá estar presente sempre que alguém possa ter sua esfera jurídica afetada de alguma forma.

O contraditório não garante apenas o direito de ser ouvido, mais que isso, deve garantir o direito de ser ouvido em condições que lhe permitam influenciar na decisão que afetará sua esfera jurídica. Nesta senda Fredie Didier Jr. (2017, p. 92) entende que:

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do "poder de influência". Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional- e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Em respeito a este princípio, as partes devem ser intimadas de todos os fatos ocorridos dentro do processo, tendo inclusive o direito de manifestar-se a respeito destas ocorrências. Os arts. 9º e 10 do novel diploma processual, deixam clara a proibição da decisão surpresa, garantido de forma peremptória a presença do contraditório no processo civil, ao mesmo tempo em que impõe ao julgador, o dever de levar em conta a manifestação em contraditório na sua decisão.

A regra da presença imperativa do contraditório em todos os processos não comporta exceção, podendo, não obstante, ser mitigada conforme previsões do próprio CPC/2015. A referência, faz-se oportuna, vez que a exemplo da concessão

de tutelas provisórias, oportunidade em que o juiz baseado na urgência ou na evidência apresentada no caso concreto, poderá decidir sem observar o contraditório (DONIZETTI, 2017). Firme-se, entretanto, nesse caso, que este princípio será diferido, garantindo-se sua presença antes da decisão de mérito.

Existem outras previsões no Código de Ritos, nas quais o princípio poderá ser diferido, a exemplo do seu artigo 701, que diante da ação monitória, e de evidente direito do autor, pode ser determinada a expedição de mandado de pagamento sem oportunizar manifestação prévia do réu. Outro exemplo está na possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido formulado pelo autor nos termos do art. 332 do CPC/2015.

Todavia, conforme exposto, a regra é que o contraditório seja prévio, e que nenhuma decisão tome efeito sem antes ser oportunizado à parte manifestar-se sobre seu conteúdo.

2.3.2 Princípio da ampla defesa

Previsto no mesmo inciso constitucional do princípio do contraditório, a ampla defesa, deve ser entendida como o direito que tem a parte de se opor à invasão da sua esfera jurídica através de todas as formas legais possíveis (MARINONI, 2017). É princípio comumente relacionado ao contraditório, não por outro motivo, mas porque para que o contraditório se aperfeiçoe, aquele que se defende (no caso do contraditório - não necessariamente o réu), deve ter ao seu dispor todos os meios técnicos que lhe propiciem poder de reação e influência sobre o ônus que pesa sobre si e sobre a decisão que será tomada pelo magistrado.

Acrescente-se ainda que a referência aos “meios e recursos a ela inerentes”, ressalvados no inciso do texto constitucional de onde se extraí o princípio em comento, não devem ser entendidos como meras peças processuais com efeito devolutivo, que tem o fito de tentar reformar uma decisão anterior. Mais que isso, a ampla defesa significa a criação de meios e técnicas processuais que propiciem o exercício da defesa de forma plena. No dizer de Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 51-52):

Os “recursos a ela inerentes”, a que se refere o inciso LV do art. 5º da CF, devem ser entendidos como a criação de mecanismos, de formas, de técnicas processuais, para que a ampla defesa seja exercitada a contento.

Não são “recursos” em sentido técnico, em sentido processual, como mecanismos de revisão ou de controle de decisões judiciais. A própria concepção de um “direito fundamental à prova” pode e deve ser entendida como uma forma de bem realizar o comando constitucional aqui destacado, isto é, como meio de se exercer amplamente a defesa.

Por fim, há que se apontar a possibilidade de limitar a amplitude deste princípio diante do abuso flagrantemente ilegal, a exemplo daquele que se utiliza de recurso com fins meramente protelatórios ou aquele que tenta refrear a marcha processual requerendo a produção de provas inúteis¹.

2.3.3 Princípio da isonomia ou igualdade processual

O princípio constitucional da isonomia tem posição de destaque em nossa Carta Magna vez que se encontra destacado no caput do art. 5º da CF/1988, capítulo que inaugura a extensa e valiosa relação de direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e deveres individuais e coletivos da nossa nação.

No CPC/2015 se atribui a este princípio o valor da igualdade processual e pode ser encontrado no art. 7º e no art. 139, I do *códex*. Da leitura destes artigos, percebe-se que ao magistrado é imposto o dever de não criar desigualdades entre as partes, e o de eliminar, ou ao menos diminuir aquelas que venham a surgir no curso do processo.

A frase “tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades” é máxima que deve ser respeitada durante todo o curso do processo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 59):

Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – fraquezas de toda ordem, como pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. Neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento, porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste portanto nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala.

¹ Exemplos de limitação ao princípio da ampla defesa podem ser encontrados no art. 918, III do CPC/15, quando os embargos à execução tidos como meramente protelatórios serão liminarmente rejeitados, e no parágrafo único do art. 370 do mesmo Código, quando de ofício ou a requerimento da parte o juiz poderá indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Também conhecido como o princípio da paridade de armas, a igualdade processual deve significar mais que igualdade de condições ou de armas. Deve implicar, se necessário, em verdadeiro desequilíbrio de condições para que a isonomia entre as partes seja garantida. Para isso o juiz deverá manter-se atento e diligente no sentido de identificar e corrigir estes desequilíbrios para além daqueles já previstos no CPC/2015².

2.3.4 Princípio da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo, presente na CF/1988 em seu artigo 5º, LXXVIII, e no CPC/2015 em seu art. 4º, se repete em inúmeras Cartas Magnas de outros países e diplomas de Direitos Humanos internacionais, a exemplo do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, do art. 8º, 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do art. 111 da Constituição Italiana, do art. 24 da Constituição Espanhola e do art. 20 da Constituição Portuguesa (SARLET, 2017).

O que se busca coibir através do referido princípio é a dilação desnecessária ou indevida na prestação jurisdicional (MEDINA, 2017). Por óbvio, todo processo, tem individualmente, seu tempo para conclusão. Tempo este que precisa ser respeitado e que dependerá principalmente da complexidade do direito material discutido e da atuação das partes durante o processo.

Faz-se oportuno citar a célebre frase “justiça lenta é justiça negada”, atribuída ao ex-ministro britânico William Ewart Gladstone, significando dizer que a frustração do litigante na demora da prestação jurisdicional carrega em si o sentimento de impunidade. De fato, a instrumentalidade do processo, impõe-lhe a necessidade não apenas de entregar o bem da vida pretendido por aquele que inicia o processo, mas também a necessidade de entregar esta pretensão dentro de tempo razoável. Nesta

² Entre essas previsões existentes no nosso ordenamento, que visam reequilibrar a relação e manter a paridade de armas entre as partes, Fredie Didier (2017, 112), cita “Alguns exemplos, além de outros já citados: nomeação de curador especial para incapazes processuais (art. 72, CPC); regras especiais de competência territorial para a proteção de vulneráveis (arts. 53, I, II e III, "e", CPC; art. 101, I, CDC); intimação obrigatória do Ministério Público nos casos que envolvam interesse de incapaz (art. 178, II, CPC); proibição de citação postal de incapaz (art. 247, II, CPC); tutela provisória satisfativa de direitos evidentes (art. 311, CPC); prazo em dobro para os entes públicos manifestarem-se nos autos (art. 183, CPC); eliminação do efeito suspensivo automático da apelação contra sentença que rejeita embargos à execução (art. 1.012, § 1º, III, CPC); tramitação prioritária de processos que envolvem idosos ou pessoas com doença grave (art. 1.048, CPC) etc. O dever de o tribunal uniformizar a sua jurisprudência e observá-la é, também, manifestação do princípio da igualdade (art. 926, CPC).”

lógica, a frase do ex-ministro britânico, embora guarde estreita relação com o princípio em comento, merece ponderação no sentido de que a celeridade do processo, apesar de importante para a adequada prestação jurisdicional, não pode, em medida alguma suprimir os direitos e garantias do devido processo legal e seus corolários.

Nesta senda, a Constituição Espanhola (ESPAÑA, 1978, p. 13), nos fornece em seu art. 24, uma construção adequada do que deve ser atribuído como conteúdo axiológico do princípio em tela.

Artículo 24

1. Todas las personas tienen **derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales** en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, **a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías**, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.³ (grifos nossos).

Assim, não há vedação à celeridade e a rápida prestação jurisdicional desde que todas as garantias constitucionais e processuais estejam presentes. O abuso que deve ser coibido em nome da aplicação deste princípio, é o da celeridade pela celeridade, ou seja, é a busca da celeridade como um objetivo maior, sem a observância do devido processo legal. Para tanto, o juízo deve estar atento nos termos do art. 139, II, CPC/2015, velando pela duração razoável do processo, no sentido de reprimir o comportamento meramente dilatatório das partes, e buscar a promoção de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, o mais célere possível, reiterar-se, respeitando normas processuais e constitucionais.

³ Em uma tradução livre: “1. Todas as pessoas têm **o direito de obter tutela efetiva dos juízes e tribunais** no exercício legítimo de seus direitos e interesses, sem que, em qualquer caso, possa haver falta de defesa. 2. Da mesma forma, todos têm direito a um juiz natural predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, de serem informados da acusação feita contra eles, **a um processo público sem atrasos indevidos e com todas as garantias**, para usar os meios de prova adequados para a sua defesa, o de não produzir provas contra si próprio, o de não confessar sua culpa e a presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou sigilo profissional, não será obrigado a declarar sobre atos supostamente criminosos.” (grifos nossos)

2.3.5 Princípio do juiz natural

O princípio em análise encontra seu fundamento na CF/1988, no art. 5º, incisos XXXVII e LIII. O texto constitucional prevê que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Com estes dois incisos a *Lex Mater* garante que qualquer jurisdicionado seja julgado por um juízo constituído previamente ao fato em julgamento, que a competência para julgamento da sua causa estará previamente definida em lei, não podendo ser alterada de forma discricionária pelo juiz, e por fim, que não terá um tribunal criado especificamente para julgamento da sua causa, de forma excepcional.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2017, 206):

Juiz natural é o juiz devido. À semelhança do que acontece com o devido processo legal e o contraditório, o exame do direito fundamental ao juiz natural tem um aspecto objetivo, formal, e um aspecto substantivo, material. Formalmente, juiz natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas- note que a escolha do árbitro pelas partes se dá em conformidade com a lei, pois isso respeita este princípio.

Não é possível a imposição de um juízo *post facto* ou *ad personam*. A determinação, pela lei, do juízo competente para a causa deve ser feita com base em critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos. *Tribunal de exceção* é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso. Os juízes de exceção são juízes constituídos ad hoc e estão vedados.

Juiz natural é aquele que goza de imparcialidade, competência e aleatoriedade (SARLET, 2017). Para ser imparcial, o juiz, deve estar afastado das partes no sentido de não representar os interesses de nenhuma delas, menos ainda de si próprio. Com efeito, o art. 144 e seguintes do CPC/2015, trazem hipóteses de impedimento e suspeição, nas quais, quando demonstrada a mácula na imparcialidade do juiz, impõe a sua substituição como forma de respeitar o referido princípio. Ressalte-se que ser imparcial, implica antes de tudo ter independência para decidir sem temer represálias de qualquer uma das partes ou de terceiros. Atento a esta necessidade o legislador constituinte cuidou de assegurar aos juízes no art. 95 da CF/1988, inúmeros direitos que em última análise garantirão a independência necessária para agir com imparcialidade.

A competência como anteriormente mencionada, deve estar previamente definida em lei. Por sua vez, a aleatoriedade deve significar que a parte não poderá escolher o juiz da sua causa, ele deve ser atribuído por critérios aleatórios de distribuição processual pré-definidos⁴.

Dessa maneira, a presença do princípio do juiz natural, em qualquer grau de jurisdição é condição *sine qua non* para a garantia do devido processo legal.

2.3.6 Princípio da Inafastabilidade da jurisdição

Presente no art. 5º, XXXV da CF/1988, este princípio confirma o direito do cidadão e o dever de apreciação por parte do judiciário de lesão ou ameaça de direito. Representa também o direito de escolha do procedimento, o direito a tutela jurisdicional efetiva, o direito ao duplo grau de jurisdição, e todas as demais garantias que impliquem em garantir ao jurisdicionado o acesso e o provimento judicial pelo Estado. Acrescente-se que o princípio em tela, impõe ainda ao Estado o dever de criar instrumentos que facilitem este acesso à justiça e que ao final garantam a entrega do bem da vida pretendido.

No dizer de Alexandre Flexa (2015, p. 42-43):

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, quando previsto na CRF/88, é direcionado ao legislador, que deve não só criar normas que visem a proteger todos os direitos que demandem tutela, mas também abster-se de positivizar em lei formas de impedir o acesso à proteção jurisdicional.

[...]

Quando previsto no CPC, o princípio aqui tratado é dirigido ao magistrado, eis que, se todos os jurisdicionados têm o direito de acesso ao Poder Judiciário, este tem o dever de prestar a tutela jurisdicional que entregue à parte exatamente aquilo que ela tem o direito de obter.

O princípio tem previsão também no art. 3º do CPC/2015, onde o legislador cuidou de prever e ressaltar a importância de se buscar a solução consensual de conflitos. O princípio da inafastabilidade permanece. Entretanto, como forma de buscar uma solução mais célere e menos impositiva às partes, meios de solução consensual de conflitos são postos à disposição dos litigantes, em qualquer fase do processo. Nesta senda, curial assinalar que a Resolução nº 125 do CNJ, no parágrafo único do art. 1º, indica que:

⁴ Exceção feita a escolha do árbitro pelas partes, desde que observados os preceitos da Lei 9.307/1996 que dispõe sobre a arbitragem.

Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Importante notar, que o referido artigo 3º do *Codex* Processual, convida alguns dos protagonistas do processo, entre eles, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular os métodos de solução consensual. Com efeito, oportuno pontuar que este estímulo não deixa de privilegiar o princípio em comento, pois apesar de encorajar a busca pelos meios para resolução dos conflitos de forma consensual, mantém à disposição das partes a possibilidade de seguir com a tutela jurisdicional.

2.3.7 Princípio da primazia da decisão de mérito

O novo código processual traz inúmeras referências e incentivos a prolação preferencial pela decisão de mérito. Este é um caminho óbvio a ser trilhado por um código que busca maior efetividade no processo. Implica dizer que, o juiz ao decidir o curso a ser tomado diante de um vício processual sanável, sempre preferirá outro que não uma sentença terminativa, evitando com isso extinguir o processo sem resolução de mérito. Ressalte-se ainda, que este princípio acompanhará o processo até a sua decisão de mérito, inclusive em sede recursal. No entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 214):

Pelas óbvias razões apresentadas, cabe ao juiz fazer o possível para evitar a necessidade de prolatar uma sentença terminativa no caso concreto, buscando com todo o esforço chegar a um julgamento do mérito. Essa é uma realidade incontestável, e bem representada pelo art. 282, §2º do Novo CPC, ao prever que o juiz sempre que puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, deve ignorar o vício formal e proferir decisão de mérito. É a prevalência do julgamento de mérito aliada ao princípio da instrumentalidade das formas.

O princípio, conforme mencionado que está presente em todo o CPC/2015, inaugura sua manifestação no art. 4º garantindo às partes o direito a decisão de mérito, e segue ao longo de outros artigos. Apenas para citar alguns, no art. 6º impõe a todos o dever de cooperação no sentido de se obter uma decisão de mérito, no art. 139, IX estabelece que o juiz dirigirá o processo cuidando para o suprimento

dos pressupostos e o saneamento dos vícios processuais, o art. 317 toma o cuidado de oportunizar as partes a possibilidade de corrigir um vício processual antes que seja proferida uma decisão terminativa, o art. 319 busca conceder todas as formas de aperfeiçoar a falta de qualificação das partes, impedindo com isso o indeferimento da petição inicial. Continua presente em sede recursal, a exemplo do parágrafo único do art. 932, que concede à parte o prazo de 5 (cinco) dias para saneamento de vício antes de considerar o recurso inadmissível, e do art. 1.007, em seus parágrafos 1º e 2º, pelos quais abre-se oportunidade de complemento do preparo recursal antes de reputá-lo deserto.

Assim, diante dos artigos citados percebe-se que é um princípio que vincula juiz, autor, réu, tribunal, e todos os sujeitos presentes no processo.

2.3.8 Princípio da boa-fé processual

Insta destacar desde logo, que a boa-fé almejada por este princípio é a objetiva. Significando dizer que é prescindível de análise a intenção dos sujeitos no processo, no que tocaria à boa-fé subjetiva. A boa-fé em comento levará em conta tão somente os atos praticados pelos sujeitos no processo. Por óbvio, estes atos devem estar todos amparados na boa-fé objetiva.

A presença da boa-fé objetiva no processo, implica também na importação de conceitos típicos do direito material, como *supressio*, *surrectio*, *nemo potest venire contra factum proprium e tu quoque* que passam a integrar também o direito processual, reforçando mais uma vez, a relação simbiótica entre direito material e processual.

Na definição de Alexandre Flexa (2015), a *supressio* é a inércia de uma partes em não exercer um direito que lhe assiste, criando na outra parte, justa expectativa de que jamais o exercerá. Este posicionamento implica na perda deste direito. A seu turno, *surrectio*, é o outro lado da “moeda” da *supressio*, situação em que o comportamento negligente da outra parte faz convalidar um direito para a parte que o exerceu regularmente ao longo do processo. A *nemo potest venire contra factum proprium* veda o comportamento contraditório no processo, a exemplo do previsto no art. 1.000 do CPC/2015, situação em que depois de aceitar expressa ou tacitamente a decisão a parte tenta recorrer. Por óbvio, este é um comportamento que deverá ser rechaçado pelo juiz. Por fim o *tu quoque*, tem o dom de repelir o

comportamento que gera surpresa aos sujeitos no processo, criando inadvertidamente prejuízo a uma das partes.

Neste sentido Fredie Didier Jr. (2017, p. 623) entende que:

Como se disse no v. 1 deste Curso, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *supressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro. Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito. Trata-se, pois, de mais um ilícito processual caducificante.

Importa ressaltar, que os comportamentos descritos acima, devem ser observados por todos os sujeitos no processo, inclusive pelo órgão jurisdicional, que descumprindo-os, violará também o princípio da confiança no tráfego judicial (MEDINA, 2017).

Este é um princípio que busca manter o processo e seus sujeitos, dentro um comportamento ético fundamental para o bom e justo desenrolar do processo.

2.3.9 Princípio da motivação e publicidade

Presente também na CF/1988 em seus arts. 5º, LX e 93, IX e X, o princípio da publicidade tem duplo sentido. Quando oculta a divulgação pública dos processos e decisões, o faz em nome da proteção a intimidade ou do interesse social. E, quando divulga publicamente todo o conteúdo do processo, o faz para garantir ao cidadão proteção contra julgamentos arbitrários. Nesta linha de pensamento Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 61) afirma que:

Essa fundamentação não é apenas uma imposição do princípio do contraditório, do qual decorre a submissão do juiz a decidir a causa, dando sempre resposta às alegações e defesas deduzidas pelas partes (NCPC, art. 489, II), como também é uma exigência de ordem política – institucional do Estado Democrático de Direito. É por meio da motivação e da publicidade dos decisórios que a autoridade judiciária presta contas à sociedade da maneira com que desempenha a parcela do poder a ela

delegada. Assim, toda a sociedade pode controlar a fidelidade ou os abusos de poder com que age o magistrado.

Em outro giro, o princípio da motivação ou da fundamentação demonstra a necessidade de que toda decisão judicial deve ser explicada, expondo, portanto, os fundamentos que levaram o juízo a firmar seu convencimento. (BUENO, 2017). Desta forma, é forçoso verificar que o princípio da motivação deve trazer a reboque o princípio da publicidade, vez que é este último que permitirá o controle adequado da motivação das decisões judiciais.

Algumas exceções ao princípio da publicidade estão previstas no CPC/2015, a exemplo do processo arbitral, das previsões do art. 189⁵ do CPC, ou da possibilidade de tornar sigiloso o processo através de um pacto firmado com a força do art. 190 do CPC/2015. Nesta trilha, destaca Alexandre Flexa (2015, p. 214):

Destacamos que o princípio da publicidade poderá ser restringido, determinando o juiz o segredo de justiça nos processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. (art. 189 do CPC/2015).

Por fim, com relação aos princípios em análise, merece reflexão o fato de que diante do sistema jurídico adotado em nosso país, onde se impõe a observância de precedentes obrigatórios nas decisões judiciais, conforme nos indica os art. 926 e 927 do *Códex Processual*, andou bem o legislador ao prever nos parágrafos do art. 979, §2^o do mesmo código, regras para conjugar de forma harmônica o princípio da publicidade, que deve estar presente na divulgação dos resultados nos julgamentos de demandas repetitivas, e a preservação da intimidade das partes envolvidas.

2.4 A EFETIVIDADE DO PROCESSO

⁵ Neste sentido Fredie Didier Jr. (2017, p. 101): “O art. 189 determina que alguns processos devem tramitar em segredo de justiça: I- em que o exija o interesse público ou social; II- que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. O art. 189 do CPC é regra que dá densidade normativa ao princípio da publicidade.”

⁶ CPC/15: “Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. [...] § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.”

O processo deve permitir ao Estado alcançar os escopos da jurisdição. Desta forma, o processo só é efetivo quando possui meios para realização destes objetivos. (CÂMARA, 2011). Ao mesmo tempo, as partes têm o direito de obter através do processo satisfação para suas demandas (DIDIER JR., 2015). Esta satisfação vem não apenas através da decisão de mérito no processo, mas através da efetiva entrega do bem da vida que as partes buscam através do processo. De nada adianta uma decisão de mérito que não possa efetivar-se.

No pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque (2010, p. 519-520):

Tutela jurisdicional corresponde à proteção a ser conferida pelo Estado-jurisdição à situação da vida retratada abstratamente em regras existentes no plano de direito material. Por não ser a lei substancial suficiente para assegurar a satisfação espontânea do interesse por ela própria assegurado, necessário buscar auxílio na função estatal criada exatamente para impor coercitivamente a vontade do legislador.

O novo CPC traz em um dos seus artigos iniciais a representação da efetividade do processo, princípio que deverá nortear toda a atividade jurisdicional. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2017, p. 129):

O art. 4º do CPC, embora em nível infraconstitucional, reforça esse princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, ao incluir o direito à atividade satisfativa, que é o direito à execução: "Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Apesar de infraconstitucional, o artigo guarda estreita relação com a norma constitucional do art. 5º em seu inciso LXXVIII, qual seja a de se assegurar a duração razoável do processo. Ambos artigos visam em última análise a efetividade do processo, com a diferença de que um é norma infraconstitucional e o outro, norma constitucional, mas ambos tratam de direitos fundamentais, quais sejam, a duração razoável do processo, a decisão final de mérito e por último, mas não menos importante, a satisfação, a efetiva prestação judicial através da entrega do pretense bem da vida.

Importa ressaltar, que a duração razoável do processo, amparada também pelo princípio da celeridade, é apenas um dos direitos fundamentais que deve ser garantido através do processo, ressaltando conforme anteriormente tratado, que esta celeridade, não pode em nome da efetividade, justificar a insegurança jurídica.

Quer com isso afirmar, que a celeridade só estará legitimada, quando observado o devido processo legal, através do direito à ampla defesa e ao contraditório. No entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (2010, 49):

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Questão importante atinente ao tema da efetividade, e que tem o condão de prejudica-la sobremaneira é o da organização judiciária. Neste sentido, importa ressaltar que nenhum avanço no direito material ou processual será capaz de suprir a deficiência na estrutura organizacional judiciária (WATANABE, 2012). A falta de infraestrutura material e pessoal adequados nos tribunais, bem como a existência de juízes despreparados para manejar o processo dentro do novo panorama processual-constitucional, traz graves consequências para a celeridade e em última análise a efetividade do processo.

Conforme será abordado mais adiante, o papel do juiz diante desta nova ordem processual, mostra-se fundamental para emprestar ao processo a celeridade e efetividade que dele se espera.

Em outro giro, tema relacionado a efetividade do processo, que não poderia deixar de ser abordado neste trabalho, atine a concessão das tutelas jurisdicionais diferenciadas. Estas tutelas, buscam acelerar a efetividade do processo através da limitação à atividade cognitiva do juiz, que no dizer de Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 4) devem ser consideradas como a:

proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição.

As tutelas jurisdicionais diferenciadas têm como principais representantes as tutelas provisórias que podem fundamentar-se em urgência ou evidência, ocupam o Livro V do novo CPC, e a inibitória, que tem o fito de sustar uma ação ilícita através da imposição de fazer ou não fazer. A faculdade de acelerar a efetividade do

processo, decorre exatamente da desnecessidade, ainda que momentânea, de uma atividade cognitiva exauriente do órgão jurisdicional. Desta forma, conforme insculpido no art. 300 do CPC/2015, o juiz diante de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”⁷, poderá conceder a tutela de urgência, que traduzir-se-á na antecipação do bem da vida pleiteado no processo, ou no mero acautelamento deste. Bem verdade que a tutela provisória, como seu próprio nome evidencia, dada sua provisoriedade, não produz coisa julgada material. No entender de Luiz Guilherme Marinoni (1994), a decisão cautelar ou antecipatória, limita-se a afirmar a existência de probabilidade do direito e de dano ou de risco ao resultado do processo, podendo ser revista ao final do processo. Apenas após a cognição exauriente, onde terá lugar o contraditório, haverá coisa julgada material. Nesta senda segue o pensamento de Elpídio Donizetti (2017, p. 160):

A diferenciação da tutela jurisdicional pode considerar três aspectos, quais sejam, a urgência, a evidência e a inibição do ilícito. Por tutela de urgência entende-se aquela que deve ser prestada com presteza, a fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Pode ser de caráter antecipatório ou meramente cautelar. A tutela de urgência é prestada por meio de cognição sumária dos elementos trazidos ao processo, contrapondo-se, desse modo, à tutela exauriente; vale dizer, a tutela de urgência, ao contrário da exauriente, não soluciona a lide de modo definitivo, tanto é que não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A seu turno, a tutela de evidência não está lastreada na urgência, mas na evidência das provas apresentadas desde logo pelo autor, assim como na hipótese de ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311). As condições para concessão da tutela de evidência também serão explanadas no capítulo que trata da tutela antecipada.

Apesar de que, diante da concessão de tutela provisória, não exista coisa julgada material, o processo mostra-se efetivo na medida em que as tutelas provisórias atendem exatamente a necessidade de antecipar ou proteger o bem da vida pretendido como forma de garantir precisamente a efetividade final do processo. Desta forma, nenhuma utilidade teria o processo que não pudesse garantir ao final da prestação jurisdicional, um resultado útil àquele que busca a tutela do Estado-Juiz. Sem qualquer efeito, seria também o processo que não se prestasse a proteger do perigo de dano aquele que estivesse na iminência se sofrê-

⁷ Importante pontuar a existência da tutela provisória de evidência, que também poderá ser concedida, nos termos do art. 311 do CPC/15, diferentemente da tutela provisória de urgência, prescindindo da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

lo. Por fim, não haveria sentido em diferir a concessão de direito flagrantemente devido àquele que se vê privado deste.

Assim, a efetividade do processo está diretamente ligada não apenas a entrega do bem da vida pretendido, mas antes disso, a entrega, por parte do Estado, de meios para que o cidadão encontre na tutela jurisdicional a possibilidade real de produzir de efeitos no plano material.

2.5 SINCRETISMO PROCESSUAL – A EXECUÇÃO COMO FASE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O CPC/1973 foi concebido de tal forma que o processo de conhecimento se encerrava com a sentença, iniciando-se a partir deste ponto o processo de execução. Com vistas a promover maior celeridade e efetividade ao processo, o legislador em 2005⁸, promoveu profundas alterações no referido código que passou a tratar os processos de conhecimento e executivo como apenas um. Enquanto na fase de cognição a relevância do ato judicial está no conteúdo decisório, na fase de execução são promovidos atos que de fato promovem mudanças no plano material, privando o executado do que lhe pertence (ASSIS, 2016). Desta forma o antigo processo autônomo de liquidação passou a ser fase do chamado processo sincrético ou unitário.

Neste sentido Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 973-974) ensina que:

A característica desse procedimento no direito brasileiro é o seu feitiço sincrético ou unitário: uma única relação processual se presta a alcançar a sentença, que define a situação conflituosa, e, se for o caso, a promover os atos executivos ou satisfativos do direito material reconhecido em favor da parte vencedora. Não há, nesse sistema, a velha dicotomia entre ação de conhecimento e ação de execução de sentença (*actio iudicati*). O cumprimento da sentença é apenas um capítulo (uma parcela) do procedimento comum, que se segue à definição do direito subjetivo material ameaçado ou lesado, rumo a realizar, concretamente, a prestação a que faz jus aquele que o provimento judicial reconheceu como titular de uma situação de vantagem tutelada pela ordem jurídica.

Assim, dentro do processo sincrético, têm lugar as decisões sobre tutelas provisórias, as atividades cognitivas, a prolação da sentença, a fase de cumprimento de sentença e sua efetividade através da execução forçada (DINAMARCO, 2016).

⁸ Lei 11.232/2005 – Lei do Cumprimento de Sentença.

Importa ressaltar, que a execução a que se refere a frase anterior, diz respeito a execução de título executivo judicial durante a fase de cumprimento de sentença. Isto posto, merece atenção o fato de que a execução dissociada da fase de conhecimento ainda tem lugar em nosso ordenamento quando se busca a execução dos títulos executivos extrajudiciais elencados no art. 784 do CPC/2015.

Por questões atinentes a pertinência temática, o presente trabalho concentrará seu foco na fase de execução de títulos executivos judiciais. É nesta fase que se busca compelir o executado a cumprir as obrigações que lhe foram impostas pela sentença. É também nesta fase em que a aplicação de medidas atípicas encontram sua utilidade e serventia para promover maior efetividade ao processo.

3. O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS TÍPICAS E ATÍPICAS

O CPC/2015 apresenta basicamente três formas de tutela executiva, cada uma visando atender às prestações de entregar a coisa, fazer ou não fazer certa obrigação e a de pagar quantia certa. Este tópico, será dedicado às formas de cumprimento da terceira prestação acima mencionada, qual seja, a de pagar quantia certa e dos princípios mais importantes a serem observados nesta fase.

Prolatada a sentença, sendo ela definitiva ou provisória, é franqueado ao exequente, tutelado pelo Estado-Juiz, requerer o uso de meios executivos de expropriação forçada, no sentido de pôr fim a lide em questão. Assim, a partir do momento em que o executado, diante da sentença, mantém-se inerte, e inadimplente perante o comando judicial para pagar o que deve, nasce para o exequente o direito potestativo de exigir que o Estado tome as medidas coercitivas necessárias para o cumprimento da responsabilidade de pagar, que por certo recairá sobre o patrimônio do executado. (ABELHA, 2015)

As medidas coercitivas elencadas para garantir o cumprimento da sentença, no caso de execução por quantia certa, têm o objetivo de expropriar bens do executado, transferindo-os ao exequente para satisfação do valor ora executado. O Código de Processo Civil, permite que o exequente sugira por quais medidas executivas judiciais, buscará a satisfação do seu crédito, entretanto, importa firmar, que a escolha final destas medidas executivas, verdadeiros atos expropriatórios, caberá ao juiz, que após submeter o pedido do exequente ao contraditório, decidirá levando em conta princípios constitucionais e postulados processuais a exemplo daquele definido no artigo 805⁹ do CPC/2015.

O poder de escolha do juiz dos meios executivos judiciais, encontra amparo no art. 139, IV do CPC/2015, pelo qual ao juiz caberá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Desta forma caberá ao juiz a última palavra sobre as

⁹ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

medidas executivas a serem aplicados ao caso concreto, medidas estas que serão analisadas nos tópicos seguintes.

3.1 MEDIDAS EXECUTIVAS JUDICIAIS

Conforme abordado anteriormente, as medidas executivas judiciais no cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa objetivam expropriar os bens do executado em benefício do exequente. No dizer de Araken de Assis (2016, p. 75):

Combinando forças, ponderando todos os valores, chega-se ao seguinte enunciado: meios executórios constituem a reunião de atos executivos, organizados no procedimento, endereçada à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Esses meios veiculam a força executiva que se faz presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória.

Nesta senda, até alcançar o objetivo final, em geral, serão percorridas três etapas: a penhora, a alienação e por fim o pagamento ao exequente. Com o objetivo de vencer a resistência ou inércia do executado, no curso do cumprimento das três etapas citadas, o Estado se vê obrigado a tomar medidas que visem garantir a satisfação do valor ora executado, podendo se utilizar para tanto de medidas típicas, previstas literalmente no CPC/2015, ou de medidas atípicas, fazendo referência àquelas franqueadas ao Estado-Juiz pelos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º do CPC/2015.

3.2. MEDIDAS TÍPICAS E ATÍPICAS

Frente a impossibilidade legislativa em prever todas as situações processuais possíveis, atribuindo a cada uma delas uma medida executiva específica e típica, por assim dizer, ganhou espaço em nosso ordenamento o “princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade” (DIDIER JR., 2017, p.100).

Diante deste panorama, as medidas típicas, entendidas como aquelas expressamente previstas no texto do CPC/2015, entre elas, a penhora, a expropriação, a busca, a apreensão, as multas por descumprimento, dentre outras,

constituem-se em mero rol exemplificativo das medidas executivas possivelmente adotadas na busca pelo cumprimento da sentença.

Deste modo, as medidas típicas, têm cedido espaço em nome da efetividade, para aplicação de medidas atípicas. Conforme abordado anteriormente, o Código prevê expressamente a aplicação de medidas atípicas, a exemplo dos artigos citados a seguir:

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

[...]

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

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

[...]

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

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

[...]

A leitura apressada dos artigos ora reproduzidos, verdadeiras cláusulas gerais de efetivação, poderia conduzir o leitor a interpretação equivocada de que na busca pela efetividade do processo o poder do juiz seria ilimitado. Entretanto esta não é a norma que se extrai dos artigos supracitados. Ainda que concedam ao juiz o poder de buscar, formas para garantir o cumprimento de ordens judiciais através de medidas estranhas ao Código de Processo Civil, a aplicação destas medidas atípicas, não tem o condão de exorbitar as raias impostas pelos princípios constitucionais e processuais.

No CPC/1973, a aplicação de medidas atípicas, estava restrita às obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa. O art. 139 do novel diploma processual expandiu os horizontes do uso das medidas atípicas, possibilitando sua aplicação também nas obrigações de pagar quantia. Daniel Amorim Assumpção (2016, p. 231), expõe esta possibilidade.

Trata-se da consagração legislativa do princípio da atipicidade das formas executivas, de forma que o juiz poderá aplicar qualquer medida executiva, mesmo que não expressamente consagrada em lei, para efetivar suas decisões. A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos não é novidade no sistema, já que no CPC/1973 o art. 461, §5º, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução - tanto de execução indireta como de sub-rogação -, se valia da expressão “tais como”, em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal. O problema é que o dispositivo que consagrava a atipicidade das formas executivas no CPC/1973 disciplinava a execução das obrigações de fazer e não fazer, aplicável à execução das obrigações de entregar coisa por força do art. 461-A, § 3º, do CPC/1973.

Deste modo, esgotadas a aplicação das medidas típicas, sem alcançar a devida efetividade, faculta-se utilizar medidas atípicas como forma de garantir o cumprimento de sentença, ainda que seja em sede de obrigação de pagar quantia certa.

No entanto, antes de investigar não apenas a literalidade, mas também o conteúdo axiológico da norma que se extrai do inciso IV do artigo 139 do CPC/2015, faz-se oportuno analisar os princípios aplicáveis na execução e no cumprimento de sentença, que em última análise, servirão de balizas para aplicação das medidas atípicas franqueadas pelo referido artigo.

3.3 A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA EXECUÇÃO E NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Importante firmar inicialmente que todos os princípios citados ao longo deste trabalho, bem como todos os outros princípios constitucionais ou processuais, são aplicáveis em qualquer fase do processo, entretanto, com o fito conceder maior foco ao tema proposto serão analisados em profundidade os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, do contraditório, da responsabilidade patrimonial e pessoal, da menor onerosidade na execução e por fim os princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas judiciais.

Os princípios em análise, tem previsão no CPC/2015 e na CF/1988. Ressalte-se ainda que a escolha destes princípios pautou-se principalmente pela valiosa contribuição que prestam na ponderação e seleção da adequada medida executiva a ser aplicada ao caso concreto.

3.3.1 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Os princípios em análise tiveram em suas origens, aplicabilidade diversa da que se propõe no presente trabalho. Enquanto o conceito de razoabilidade surgiu como um princípio constitucional nos Estados Unidos, ligado às garantias do devido processo legal e ao controle de constitucionalidade, a seu turno, o conceito de proporcionalidade teve origem no direito administrativo alemão, como forma de impor certo controle à discricionariedade administrativa (BARROSO, 2013). Aqui, os princípios suso mencionados, tem sua importância calcada no auxílio que prestam ao magistrado na escolha das medidas atípicas adequadas ao caso concreto.

Apesar de utilizados com muita frequência como sinônimos, inclusive por alguns doutrinadores como Luiz Roberto Barroso (2013), para quem, devido a proximidade dos conceitos não haveria qualquer benefício útil na sua distinção; os princípios em análise não se confundem.

A razoabilidade guarda estreita relação entre os fins e os meios utilizados para sua realização. A medida razoável, deve demonstrar ainda a legitimidade dos fins a que se pretende alcançar (NEVES, 2016). Neste mesmo sentido, no dizer de Flavia Bahia (2017, p.85).

Em suma, a noção de razoabilidade guarda afinidade com a ideia de equilíbrio, moderação e harmonia. Busca aquilo que atende ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento, em última análise, pretende alcançar a justiça. Carrega, portanto, forte elemento subjetivo e abstrato.

Buscando aproximar o princípio em análise, do tema em discussão, pode-se afirmar que esse princípio traduz a manifestação da prudência, sensatez e da coerência na escolha das medidas atípicas a serem aplicadas ao caso concreto. Assim nem tudo que eficaz é razoável, o equilíbrio entre os fins e os meios escolhidos, é a chave para a razoabilidade.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2017, p. 111):

O postulado da razoabilidade também deve presidir a escolha da medida executiva a ser utilizada. Trata-se de postulado que se revela de três formas: a) como dever de equidade, a exigir a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo a consideração daquilo que normalmente acontece em detrimento do que é extraordinário e também impondo a

consideração das especificidades do caso concreto ante a generalidade da norma; b) como dever de congruência, a exigir a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (isto é, com a realidade com base em que foram editadas); c) como dever de equivalência, a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Em outro giro, no pensamento de Elpídio Donizetti (2017), o princípio da proporcionalidade é mais amplo, e traz consigo a necessidade de aplicação de três outras premissas, são elas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Antes da aplicação de uma medida atípica, o magistrado deve submetê-la ainda ao chamado “teste de proporcionalidade”, submetendo-a às premissas acima citadas. Desta forma, após atestar sua **adequação**, a medida deverá revelar-se compatível e hábil a realizar o objetivo pretendido. Com efeito, deverá demonstrar-se como medida indispensável a ser aplicada no caso concreto. A seu turno, a comprovação da **necessidade**, implicará na aplicação da medida efetiva de menor lesividade ao executado. Aquela que não poderá ser substituída por nenhuma outra mais eficaz e menos onerosa para o alcance do objetivo. E por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** deverá eleger uma medida na qual os motivos que a fundamentam superem as restrições impostas pela medida.

Neste sentido, o constitucionalista, Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 286) expõe que:

Atualmente, o *princípio da proporcionalidade* (que guarda forte conexão com a noção anglo-americana de razoabilidade, mas com esta não se confunde) não apenas se transformou em princípio amplamente difundido na Europa, quanto carrega *uma aspiração de universalidade*, visto que é cada vez mais aceito e utilizado na esfera da jurisdição constitucional em diversos países, inclusive no Brasil. A partir da experiência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o teste de proporcionalidade – como é também amplamente conhecido e praticado (embora nem sempre de modo correto) entre nós – desdobra-se em três etapas: a) a adequação, de acordo com a qual a medida estatal há de ser apta a assegurar o resultado pretendido com a restrição do direito do particular; b) a necessidade (menor sacrifício ou ingerência), que exige que em face de mais de uma medida adequada se opte pela que menos intervém na esfera jurídica; c) a assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, que, sendo afirmativa a resposta aos dois quesitos anteriores, exige uma ponderação que coloque na balança os meios e os fins no caso concreto, razão pela qual é nesse nível que se situa a maior parte das anotações críticas ao princípio. Importa recordar que, no sentido apontado, a proporcionalidade opera como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas interventivas do poder público no âmbito de proteção dos direitos fundamentais na condição de direitos de defesa (direitos negativos).

Desta forma, tomando como base a aplicação dos princípios em tela, o juiz, na escolha da medida executiva atípica a ser aplicada ao caso concreto, deve eleger aquela que se apresente em sintonia e equilíbrio com ordenamento jurídico (razoabilidade), que se demonstre eficaz para o alcance do seu objetivo (proporcionalidade-adequação), que não possa ser substituída por nenhuma outra menos onerosa ao executado, igualmente hábil a alcançar os fins a que se pretende (proporcionalidade-necessidade), e que os motivos para sua escolha justifiquem as restrições impostas ao executado (proporcionalidade em sentido estrito).

3.3.2 Princípio do contraditório

Abordado anteriormente no tópico 2.3.1 deste trabalho, o princípio em tela prescinde de maior aprofundamento, entretanto, importa reafirmar que o princípio em comento não garante às partes apenas o direito de ser ouvido sempre que sua esfera jurídica possa ser afetada, mas também o direito de ser ouvido em condições que lhe franqueiem a possibilidade de influenciar na decisão que o afetará.

Em sede de cumprimento de sentença, momento no qual o Estado-Juiz poderá se utilizar inclusive de medidas atípicas para expropriar bens do executado em benefício do exequente, é um princípio que ganha importância fundamental.

Firme-se, que resta superado o entendimento pelo qual alguns doutrinadores afirmavam prescindir do contraditório em sede de execução, tendo em vista a suposta inexistência de julgamento de mérito e de atividade cognitiva do juiz (NEVES, 2016).

É inegável a importância do contraditório nesta fase com o fito de garantir o devido processo legal. Ausente o contraditório, de que forma as questões incidentais na fase executória seriam resolvidas sem afrontar ao princípio do devido processo legal?

Neste sentido Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1074) elenca algumas situações que estariam inquinadas de nulidade sem a presença do contraditório:

Há diversas situações no processo executivo que demonstram o acerto de tal posicionamento. A decisão sobre a natureza do bem penhorado quanto à ordem de penhora dos bens, sobre a modificação ou reforço de penhora, sobre a alienação antecipada de bens, sobre o preço vil na arrematação,

sobre a avaliação do bem, etc., em todos esses casos, naturalmente, haverá nulidade se não observado o contraditório.

Entretanto, curial assinalar que o contraditório na fase de cumprimento de sentença, de fato, guarda certa diferença com aquele previsto na fase de conhecimento. Na fase de conhecimento o réu é chamado e provocado a exercer seu contraditório, em outro giro, na fase de cumprimento de sentença o contraditório é exercido por provocação do próprio réu, ora executado, que nesta fase é intimado tão somente para adimplir a obrigação constante no título executivo, oportunidade em que discordando de algo, poderá exercer o contraditório com o objetivo de alterar o conteúdo decisório.

Para elucidar a afirmação acima cite-se como exemplo as regras insculpidas no *caput* do art. 525 e no parágrafo único do art. 805, ambos do CPC/2015, vejamos:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, **independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.**

[...]

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. **Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos**, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. (grifos nossos).

Da análise do supracitado art. 525, percebe-se que não haverá nova intimação para que o executado apresente sua impugnação, desejando exercer seu contraditório alegando uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo, poderá fazê-lo dentro do prazo de 15 dias, que se seguem à falta de pagamento voluntário. Ou seja, o executado deverá lançar-se ao exercício do contraditório para garanti-lo, e para isso não será intimado. Mesma sorte se extrai da norma do art. 805, pelo qual é franqueado ao executado, que entender enfrentar medida expropriatória muito gravosa, exercer seu contraditório oferecendo forma menos onerosa para si, e mais eficaz para o exequente.

Destarte, importa firmar que, o contraditório estará sempre presente na fase de cumprimento de sentença para garantir o devido processo legal, ainda que exercido de forma eventual.

3.3.3 Princípio da responsabilidade patrimonial nas obrigações de pagar

No que tange os meios de cobrança do devedor inadimplente, importa ressaltar inicialmente, que nunca será pessoal. Há muito, foi abandonada a regra trazida na Lei das Doze Tábuas, antiga legislação do direito romano, que franqueava aos credores a escolha de dividir o corpo do devedor ou, vende-lo para satisfação do seu crédito. Por óbvio, inexistente nos ordenamentos jurídicos modernos a possibilidade de satisfação da execução na pessoa do devedor.

Motivo pelo qual, entende-se que a execução da obrigação de pagar, nunca será pessoal, ao contrário será sempre real ou patrimonial. Com efeito, são os bens do executado que responderão à satisfação do valor exequendo (NEVES, 2016). Questão importante que merece atenção, é o fato de que medidas executivas indiretas, aquelas que buscam compelir o executado a pagar algo, não devem ser confundidas como meio de execução pessoal. Destarte, estas medidas apesar de atuarem na esfera extrapatrimonial do indivíduo, o fazem apenas como meio de coerção para compelir o executado a pagar o que deve.

No dizer de Fredie Didier Jr. (2017, p. 69-70):

A proliferação das técnicas de execução indireta, examinada no capítulo introdutório deste volume do Curso, parece relativizar um pouco esse princípio, na medida em que pressionam psicologicamente a pessoa do devedor para que cumpra a obrigação com seu comportamento. Mas, ainda assim, na execução indireta, a sanção pelo descumprimento da prestação não recai sobre o corpo do executado, como ocorria em fases mais remotas da humanidade - prender o devedor não salda a dívida, por exemplo.

Neste sentido a execução indireta, sobretudo através de medidas executivas atípicas, deve estar norteadada sempre no sentido de coagir o devedor a cumprir com sua obrigação de pagar, não devendo, portanto, servir-se ao propósito de punir o devedor. Conforme abordado na citação acima, prova de que a execução indireta

não se presta ao propósito da execução pessoal, está no fato de que, a medida executiva indireta não põe fim a execução adimplindo o valor exequendo, mas se presta tão somente a compelir o executado a satisfazer a execução, trazendo efetividade para o processo.

Nesta trilha, nem mesmo a prisão civil, no caso do devedor de alimentos, deve ser encarada como uma execução pessoal. A prisão, neste caso, tem o objetivo de atuar sobre a vontade do executado, para que o mesmo encontre meios para saldar a prestação de alimentos.

Ainda que a prisão civil e diversas medidas executivas atípicas indiretas impliquem em alguma forma de punição do devedor, vez que atuam limitando direitos do inadimplente, seu objetivo nunca será o de simples punição, posto que terá como alvo maior a satisfação da execução, e em última análise, trazer maior efetividade ao processo.

3.3.4 Princípio da menor onerosidade e a máxima eficácia na execução

Firme-se inicialmente, que o clássico princípio da menor onerosidade na execução, quando aplicado sem a garantia da máxima eficácia, termina por frustrar a execução. Nem sempre o meio menos oneroso será o mais eficaz, e vice-versa. O art. 805 do CPC/2015 em seu *caput* impõe ao juiz a escolha dentre os meios pelos quais poderá se processar a execução, aquele menos gravoso, ao mesmo tempo em que, o parágrafo único, impõe ao executado que alegar onerosidade da medida executiva eleita, o dever de indicar outro meio mais eficaz, sob pena de manter-se a execução por aqueles já deferidos.

No pensamento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1.069):

O estrito respeito ao princípio da menor onerosidade não pode sacrificar a efetividade da tutela executiva. Tratando-se de princípios conflitantes, cada qual voltado a proteção de uma das partes da execução, caberá ao juiz no caso concreto, em aplicação das regras da razoabilidade e proporcionalidade, encontrar um “meio termo” que evite sacrifícios exagerados tanto ao exequente como ao executado, O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de inexistir preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva.

Diante de tal realidade deve ser elogiado o parágrafo único do art. 805 do Novo CPC ao prever que cabe ao executado que alegar ser a medida pretendida pelo exequente a mais gravosa indicar meios mais eficazes e menos onerosos, “sob pena” de manutenção dos atos executivos já determinados.

Ressalte-se, como já se afirmou, e que a execução não pode servir-se de meio para a “vingança privada”. Diferente disso, a execução¹⁰ estará sempre atada ao seu objetivo maior, que é a materialização do quanto determinado no título executivo judicial.

O princípio em comento busca ainda garantir a presença de um dos princípios basilares do processo, o da boa-fé processual. Por este motivo, tem aplicação dúplice, enquanto garante ao executado que a execução deverá processar-se pelo meio menos gravoso, assegura ao exequente que será eleito, em benefício da execução, o meio mais eficaz para alcance do resultado pretendido.

Segundo o entendimento de Fredie Didier Jr. (2017), o princípio da menor onerosidade não deve ser utilizado para permitir ao executado furtar-se em cumprir com a obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa. Tampouco autoriza ao executado alegar onerosidade objetivando a redução do valor executado como forma de permitir seu cumprimento. Menos ainda para permitir parcelamento, abatimento dos juros ou redução da correção monetária.

O princípio da menor onerosidade quando aliado a efetividade deverá garantir o resultado efetivo da execução, cuidando ainda para que o executado não sofra qualquer punição além daquelas orientadas e necessárias para o bom cumprimento da ordem judicial.

3.3.5 Princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas judiciais.

O princípio da tipicidade dos meios executivos, serviu durante muito tempo ao propósito de controlar o âmbito de atuação do órgão julgador, evitando que agisse de forma arbitrária, invadindo a esfera patrimonial de forma ilimitada. Entretanto, a tipicidade dos meios executivos mostrou-se ineficaz diante das mais variadas situações que podem ocorrer no caso concreto. Seria impossível ao legislador prever todas as necessidades executivas e formatar medidas executivas típicas para atender todas elas.

¹⁰ Oportuno esclarecer, que no presente trabalho o termo execução, está sendo utilizado em algumas passagens, fazendo referência a execução, fase do cumprimento de sentença, a exemplo dos arts. 524, §1º; 525, §§1º, V, 6º, 8º; 526, §2º, e outros nos quais o legislador se utilizou do termo com esta acepção.

Assim, diante da necessidade apresentada ao longo da nossa história processual, foi forçoso entender, que o juiz na busca pela prestação jurisdicional efetiva precisaria ter a sua à disposição um leque mais variado de medidas executivas. Este movimento culminou em uma maior concentração de poderes de execução no juiz, que poderia se utilizar diante do caso concreto, de medidas executivas moldadas exclusivamente para atender à necessidade apresentada no caso concreto, movimento que se resume no princípio da atipicidade. Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 04) assim entende:

A falência do princípio da tipicidade dos meios executivos se deve à premissa que lhe serve de fundamento. Essa premissa supõe que as necessidades oriundas das várias situações de direito material podem ser igualizadas e, portanto, contentarem-se com os mesmos meios executivos. Como é evidente, tal premissa, que sugere a possibilidade de se pensar de maneira abstrata - ou apenas com base em critérios processuais - a respeito da execução dos direitos, ignora que a função judicial está cada vez mais ligada ao caso concreto.

Ora, a diversidade das situações de direito material implica na tomada de consciência da imprescindibilidade do seu tratamento diferenciado no processo, especialmente em relação aos meios de execução. Ou seja, é equivocado imaginar que a lei pode antever os meios de execução que serão necessários diante dos casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daqueles casos que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada.

Diferentemente da Constituição espanhola que garantiu ao cidadão o direito à tutela efetiva em seu art. 24¹¹, a nossa Carta Magna, optou por não incluir de forma expressa esta garantia em seu texto. Apesar disso, a prestação da tutela efetiva sempre esteve entre objetivos principais do processo. Prova disso, é a evolução processual que culminou com a inclusão do art. 4º no CPC/2015¹², onde, juntamente com o direito a um prazo de duração razoável do processo, está o direito a uma solução integral de mérito, incluindo-se a atividade satisfativa, o que em última análise representa a busca pelo provimento da tutela efetiva no processo.

A promoção da tutela efetiva perpassa pela necessidade de ter medidas executivas eficazes, capazes de produzir os resultados a que se destinam. Neste sentido, conforme abordado inicialmente, não há como padronizar, tipificando todas as medidas executivas possíveis. Apenas o caso concreto poderá mostrar a medida executiva necessária, adequada e hábil a produzir resultados, seja ela típica ou atípica.

¹¹ Vide tópico 2.3.3.

¹² Importa firmar, que o Código de Processo Civil de 1973, já trazia uma cláusula geral de efetivação no art. 461, §5º.

Com efeito, o princípio da atipicidade encontra fundamento em três artigos no atual Código de Processo Civil, a saber: o artigo 139, IV, oferece ao juiz o leque de medidas executivas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias que devem ser utilizadas para assegurar o cumprimento da ordem judicial¹³; o art. 297, deixa a cargo do juiz definir a medida executiva necessária para garantir a efetivação da tutela provisória; e por fim, o parágrafo primeiro do art. 536, relaciona algumas das medidas típicas que poderão ser deferidas pelo juiz para o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou de entregar a coisa, deixando-lhe franqueada ainda a possibilidade de adoção de “outras medidas” que entenda necessárias.

O princípio em tela, concede ao magistrado grande poder, que trazendo ainda a reboque enorme responsabilidade de eleger uma medida executiva atípica, que não avance indiscriminadamente sobre a esfera de direitos fundamentais do executado, ao mesmo tempo em que impõe ao executado medidas sub-rogatórias ou coercitivas hábeis a satisfazer o direito do exequente (ASSIS, 2016).

O art. 139, IV, do CPC/2015, dentre os artigos citados, é aquele que concede maior amplitude aos poderes do juiz, motivo pelo qual, passaremos à sua análise no tópico seguinte.

3.4 MEDIDAS EXECUTIVAS DO ART. 139, IV CPC/2015

O artigo em comento traz a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordens judiciais, incluindo-se aquelas que tenham por objeto prestações pecuniárias.

Antes de aclarar o significado destas medidas, demonstra-se adequado apresentar ao leitor o conceito de medidas executivas diretas e indiretas, ou simplesmente execução direta e indireta. Com efeito, as medidas executivas diretas, são aqueles em que o Estado-Juiz, em substituição ao executado inerte, toma seu lugar e pratica atos com o objetivo de satisfazer a execução. Em outro giro, as medidas executivas indiretas, apesar de coincidirem em objetivo com as medidas executivas diretas, diferentemente daquelas, uma vez que buscam satisfazer a

¹³ O artigo em comento e as medidas executivas nele estabelecidas, serão tratadas com maior detalhe no capítulo seguinte.

execução através de medidas que forcem o executado a praticar os atos necessários para adimplir a execução.

Pois bem, centrando foco nas medidas eleitas pelo art. 139 do CPC/2015, importa esclarecer que medidas indutivas são aquelas que induzem, incitam, estimulam o executado a cumprir o comando judicial, são uma forma de execução indireta. Esta indução pode se dar através de vantagens oferecidas ao executado para adimplir sua obrigação, ou através da coerção, quando o executado será advertido e sofrerá consequências negativas diante do seu inadimplemento. Nesta trilha:

Nas medidas indutivas se busca oferecer ao obrigado uma vantagem, um “prêmio”, como incentivo (coação premial [sic]) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como premial [sic]. Busca-se, com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do ato de forma mais atraente, ainda que com sacrifício à situação jurídica [mais favorável] de outrem (MEIRELES, 2015, p. 08).

De outro lado, medidas coercitivas, como se infere do acima exposto, são aquelas em que se busca obter resultados através da força e da repressão. Em última análise, também buscam induzir o executado a adimplir sua obrigação. Motivo pelo qual é espécie de medida indutiva, e também de medida executiva indireta.

Por sua vez, medidas sub-rogatórias, são em verdade a essência da execução direta, pois são aquelas em que o Estado se vê obrigado a assumir em lugar do executado, os seus bens, fazendo uso dos mesmos de forma a satisfazer a obrigação resistida. Seja através da penhora e alienação desses bens, busca e apreensão, expedição de alvará para recebimento de valores, etc., tudo em benefício da satisfação do crédito exequendo (MEIRELES, 2015).

Por fim, a medida mandamental, mencionada no artigo em exame, é em verdade uma característica de todo comando judicial, posto que através da medida mandamental, as medidas indutivas e sub-rogatórias são proferidas e apresentadas ao executado. É em última análise a ordem judicial para cumprimento do dispositivo. Ressalte-se que o descumprimento de medida mandamental pode sujeitar o executado ao crime de desobediência, representando verdadeiro *contempt of court*¹⁴.

¹⁴ O termo derivado do inglês, será tratado no tópico seguinte. Em síntese, representa uma conduta de indiferença e descumprimento diante de ordem judicial.

Edilton Meireles (2015, p. 07) em breve exposição sobre as medidas inculpidas no art. 139, IV do CPC, defende a distinção da medida mandamental com relação as demais, e alerta que:

Tais medidas, por certo, são mais úteis nas obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível. Elas, por sua vez, preferencialmente somente devem ser adotadas em casos extremos. Isso porque, se o juiz pode alcançar a satisfação da obrigação através da adoção de medidas sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, deve evitar a expedição de ordem mandamental, já que, o descumprimento da mesma, acarretará na prática de crime de desobediência. E, por certo, deve-se evitar ou prevenir a conduta delituosa, inclusive não adotando medida que possa induzir a sua prática, como se fosse um “flagrante montado”.

Com outro ponto de vista, alguns doutrinadores entendem que apesar do inciso IV do artigo em análise sofrer de certa atecnia, a norma que dele se extrai não resta prejudicada. Vejamos como interpreta o referido artigo os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 284).

Há evidente excesso nas expressões empregadas (“medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”), na medida em que as medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas (as medidas indutivas podem ser de pressão positiva, quando se oferece uma vantagem para o cumprimento da ordem judicial, ou coercitiva, quando se ameaça com um mal para a obtenção da satisfação do comando). Há também confusão de categorias, já que o *efeito* mandamental - ao lado do efeito executivo - é o efeito típico das ordens judiciais (que veiculam medidas indutivas e sub-rogatórias). Essa falta de rigor técnico, porém, não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias (art. 536, CPC).

Assim, no que tange seu sentido axiológico, o artigo em comento apresenta verdadeira cláusula geral executiva, franqueando ao juiz buscar meios para efetivação da tutela executiva da forma que entender mais eficaz. Ainda que não ofereça expressamente os limites ao poder do juiz na escolha do meio adotado, eles existem e estão representados pelos princípios constitucionais, postulados processuais bem como construções doutrinárias e jurisprudenciais. Estes limites serão investigados mais detalhadamente em tópico específico.

3.5 PUNIÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL

A punição ao descumprimento de ordem judicial, tem o fito de reprimir aqueles que injustificadamente, descumprem comandos judiciais, frustrando a marcha processual e conseqüentemente sua efetividade.

O termo *contempt of court* é aplicado por muitos doutrinadores para definir tanto a conduta que representa desprezo e descumprimento às decisões judiciais quanto para representar as sanções impostas aqueles que a descumprem.

Isto posto, merece citar breve exposição formulada por Rui Stoco (2003, p. 123), quanto a origem do referido termo.

O vocábulo *contemp* deriva do verbo inglês *to contemn*, de origem latina *contemptus*, particípio passado do verbo *contemnere*. É sinônimo de *despise* (desprezo), *scarn* (escárnio) ou *disdain* (desdém), e tem na língua inglesa quatro significados principais: a) o ato de desprezar ou desrespeitar alguém ou algo que se crê vil, menor ou sem valor; b) o ato ou expressão que denota uma atitude de desprezo ou desrespeito por alguém ou algo que se crê vil, menor ou sem valor; c) o ato de ser desprezado ou desrespeitado, de ser posto em desgraça, de ser tratado como vil, menor ou sem valor e, por fim, d) o ato de desprezo, desrespeito, desobediência ou confronto aberto para uma autoridade judicial ou legislativa. Em sua acepção jurídica o vocábulo *contempt* se transmuda e assume a expressão *contemp of court*, ou seja, um ato de desprezo ou desobediência à Corte.

Há que se apontar ainda, importante diferença entre o *contempt of court* aplicado em países cuja matriz processual é a *common law*, e aqueles sob regência da *civil law*. Em apertada síntese, cumpre destacar, que o direito da *civil law* adotou o princípio da tipicidade, enquanto que aqueles adeptos à *common law* adotaram o princípio da atipicidade. Com isso, implica dizer, ao contrário do juiz adstrito a tipicidade própria do sistema *civil law*, o julgador que se pauta pelas regras do *common law*, tem amplitude muito maior de medidas executivas a serem impostas para punir e fazer cumprir decisões judiciais, podendo impor multas e até mesmo prisão aos litigantes faltosos (MARINONI, 2017), alcançando inclusive a hipótese expressamente vedada pelo CPC/2015 em seu art. 77, §6º, qual seja, a de sancionar advogados públicos, privados, defensores públicos e promotores do Ministério Público.

Fato é, que o CPC/2015 apresenta inúmeras referências à reprovabilidade de condutas desleais. Quer na fase de conhecimento ou na fase de execução, a punição guarda estreita relação com a preservação da dignidade da justiça, e será aplicada tanto no descumprimento de ordem judicial, quanto nas condutas que violem os princípios da boa-fé processual, da cooperação, e sejam considerados

atos atentatórios a dignidade da justiça (*contempt of court*). Neste sentido abre-se ao juiz a prerrogativa de impor ao faltoso, medidas executivas com o objetivo exclusivo de forçá-lo ao cumprimento de tais ordens. Nesta perspectiva Fredie Didier Jr. (2017, p. 109) declara que:

Se todos aqueles que, mesmo não sendo partes ou seus procuradores, participam *de qualquer forma* do processo (art. 77, *caput*, CPC) têm o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (art. 77, IV, CPC), então é possível que o juiz lhes imponha medida executiva com o objetivo ver cumprida uma ordem sua. Tais disposições consistem, na verdade, em concretizações dos princípios da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC). Não haveria coerência normativa em pensar que essas pessoas podem ser *punidas* por eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por *contempt of court*, por exemplo), mas não podem ser *compelidas* ao cumprimento dessa mesma ordem.

A referência inaugural à punição pelo descumprimento de decisões judiciais feita pelo Código de Ritos, faz-se presente no art. 77. Mais especificamente em seu inciso IV que combinado com o parágrafo 2º do mesmo artigo, define de forma expressa, aqueles que, entre outras condutas, descumpram decisões judiciais estarão cometendo ato atentatório a dignidade da justiça, e por este motivo, serão punidos, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, podendo ser-lhes imposta a multa de até vinte por cento do valor da causa.

Digno de nota são ainda as sanções impostas na fase de execução àqueles que atentam contra a dignidade da justiça, norma insculpida no art. 774 do CPC/2015. Entre as condutas reprováveis em sede de execução, estão a fraude à execução, a oposição maliciosa à execução, o embaraço ou dificuldade oposta à realização de penhora, a resistência injustificada às ordens judiciais, e o silêncio diante do comando para indicar bens à penhora.

Inúmeras outras referências aos atos atentatórios à dignidade da justiça são feitas ao longo do referido *códex*, como forma de não fugir a pertinência temática do presente trabalho, serão citados de forma resumida alguns dos artigos nos quais se encontram essas referências. O art. 334, §8º condena aquele (autor ou réu) que injustificadamente não comparece à audiência de conciliação; o art. 903, §6º reprova aqueles que suscitam vício de forma infundada com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, por fim, também serão penalizados aqueles que opõe embargos meramente protelatórios (art. 918, parágrafo único).

Ressalte-se ainda, que por serem estes atos atentatórios a dignidade da justiça, por certo, as multas impostas deveriam ser vertidas exclusivamente em benefício do próprio Estado. Não é o que ocorre em todas as situações apontadas. Nos casos dos art. 774 e art. 903, §6º do CPC/2015 as multas são cobradas em benefício do exequente. Nesta questão, Fernando da Fonseca Gajardoni (2015), com razão, aponta que o código apresenta manifesta bipolaridade e destinação ilógica com relação às multas aplicadas. Desta forma nas exceções apontadas, ainda que o exequente tenha juntamente com o Estado sofrido prejuízo com a conduta desleal do executado, por ser a dignidade da justiça valor basilar a todo ordenamento jurídico, o Estado deveria estar também amparado pela sanção dos artigos em comento.

No capítulo seguinte, serão abordadas em maior profundidade a aplicação de medidas atípicas na busca pela efetividade do processo, os parâmetros a serem adotados para aplicação destas medidas, a análise da aplicação de duas das medidas atípicas frequentemente discutidas em nossos tribunais e por fim, uma breve exposição sobre a importância da atuação do juiz diante do novo panorama processual no sentido de promover a efetividade do processo.

4. MEDIDAS ATÍPICAS E SUA APLICAÇÃO NA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Conforme abordado anteriormente, o novo Código de Processo Civil, avançou na permissão de aplicação de medidas atípicas. Este avanço por certo, trouxe ao processo maior efetividade. Entretanto, esta abertura foi implementada no novel diploma, sob a roupagem de “cláusulas gerais executivas” (DIDIER JR, 2017, p. 102). O que significa dizer que caberá a doutrina, e a jurisprudência traçar os contornos e limites destas regras.

Estas cláusulas gerais, por serem enunciados normativos indeterminados na hipótese e no conseqüente normativo, permitirão ao novo código moldar-se ao longo do tempo e enfrentar questões sequer imaginadas concretamente pelo legislador.

Apesar disso, ainda que as cláusulas gerais abertas forneçam a maleabilidade e a aeração necessárias para que o código processual perdure se adaptando a situações fáticas inéditas e multifacetadas, precisarão de algo que preencha os espaços deixados por este tipo de enunciado normativo. Necessitarão de algo que penetre nesta estrutura aerada e lhe permita solidez sem, no entanto, lhe retirar a flexibilidade. É neste ponto que a doutrina e a jurisprudência exercerão papel preponderante em nosso ordenamento jurídico. Ao consolidar entendimento a respeito do tema, produzirão os precedentes que preencherão estes espaços, evitando a insegurança jurídica, mantendo o sistema hígido e coeso, permitindo-lhe ainda conservar a adaptabilidade necessária para que siga adequando-se às mudanças impostas pela evolução do Direito.

É através das cláusulas gerais insculpidas no novo código processual, que as medidas executivas atípicas poderão ser talhadas de forma a atender as especificidades das situações fáticas apresentadas. Entretanto, importa firmar inicialmente que as medidas atípicas devem ser aplicadas de forma subsidiária às típicas expressamente definidas no código. Conforme entendimento firmado no enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2018):

(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

A aplicação de medidas atípicas na fase de cumprimento de sentença é fruto da busca por uma tutela adequada e efetiva, através de uma participação mais atuante e diligente do juiz no sentido de efetivar em tempo razoável os escopos processuais (ABELHA, 2015). Neste ponto, em que as medidas executivas típicas, cedem espaço à atipicidade, em nome da efetividade e celeridade processual, faz-se necessário ponderar a aplicação destas medidas, levando-se em conta os princípios a serem sopesados, os limites impostos aos juízes, e de que forma poderá se utilizar das medidas atípicas para garantir a efetividade do processo, sem que estas medidas avancem sobre as fronteiras dos direitos fundamentais do indivíduo.

4.1 O PODER-DEVER DO JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO

Diferentemente do código processual anterior, que em seu artigo correspondente previa apenas quatro incisos, o art. 139 do código processual atual em vigência desde 2015, inaugura o tópico dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz prescrevendo a observância a dez incisos.

Oportuno ressaltar que em se tratando de juízes, que representam o legítimo poder do Estado, o poder que lhes é atribuído deve ser entendido como um poder-dever. Magistrados exercem uma função pública, portanto estão adstritos ao comando a lei. Qualquer poder exercido fora dos limites do dever será reputado como abuso de poder, será nulo e estará colidindo frontalmente com o Estado democrático de direito (BUENO, 2017)

Em verdade, a dita ampliação dos poderes do juiz, atribuída com o advento do novo código processual, deve ser entendida como aumento nos deveres a serem observados pelos juízes. Nesta lógica, na busca pela realização destes deveres, poderá exercer poderes correlatos e específicos sempre com o fito exclusivo de cumprir com estes deveres.

Cumprir destacar ainda que a atuação do juiz no exercício do seu poder-dever não ocorre de forma isolada, ao contrário, conta a atuação das partes, que juntamente com o juiz deverão construir um processo orientado à sua efetividade. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 110):

Estabelece o art. 139 que ao juiz cabe “dirigir” o processo. O verbo aí empregado certamente é um resquício da ideologia do protagonismo

judicial, consagrada na (aqui repudiada) teoria da relação processual. Na verdade ao juiz não cabe dirigir o processo, como se fosse um seu timoneiro. O juiz não é – e isto vem sendo dito insistentemente ao longo deste trabalho – o polo central do processo, em torno do qual orbitam os demais sujeitos. Na verdade, deve-se ver o processo como um fenômeno *policêntrico*, em que juiz e partes têm a mesma relevância e juntos constroem, com a necessária observância do princípio constitucional do contraditório, seu resultado. Incumbe, pois, ao juiz observar o disposto no art. 139 do CPC, o qual é responsável por estabelecer as diretrizes gerais de sua atuação.

Desta forma, o artigo 139 traz relação puramente exemplificativa dos poderes-deveres dos juízes, entre eles:

- I) O de assegurar o tratamento isonômico das partes, privilegiando desta forma os princípios constitucionais da igualdade e do contraditório.
- II) O de velar pela duração razoável do processo, mantendo-se desta forma vigilante e diligente no sentido de dar a marcha processual um ritmo adequado, sem dilações desnecessárias.
- III) O de prevenir ou reprimir atos atentatórios contra a dignidade da justiça, afastando inclusive qualquer postulação meramente protelatória.
- IV) Determinar as mais variadas medidas executivas no sentido fazer cumprir a ordem judicial, representando uma verdadeira cláusula geral de efetivação.
- V) O de promover a autocomposição a qualquer tempo, privilegiando a regra insculpida no art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC/2015.
- VI) A dilação¹⁵ dos prazos processuais e a alteração da ordem de produção de provas de forma a conceder mais efetividade a tutela requerida, possibilitando ao juiz inclusive a relativização das regras de preclusão (ASSIS, 2016).
- VII) Exercer o poder de polícia como forma de manter a ordem durante todo o processo, seja durante a audiência, ou fora dela, como forma de reprimir e prevenir atos atentatórios à dignidade da justiça (DONIZETTI, 2017).
- VIII) Determinar a qualquer tempo o comparecimento das partes para que prestem depoimento, ressaltando, entretanto que a ausência da parte ao

¹⁵ Importa ressaltar, de acordo com o teor do parágrafo único deste artigo, a referida dilação só será possível se determinada antes do encerramento do prazo regular para a prática do ato a ser praticado.

interrogatório não lhe importará em pena de confesso (DIDIER JR., 2016).

- IX) Determinar o suprimento de pressupostos processuais bem como o saneamento de vícios processuais, direcionando a prestação jurisdicional à primazia pela decisão de mérito.
- X) O dever de oficiar o Ministério Público e a Defensoria Pública, quando deparar-se com demandas individuais repetitivas, como forma de conferir maior velocidade e efetividade a demandas que alcancem grande número de pessoas.

Por fim, pautando-se pelas premissas relacionadas no artigo em comento, o juiz conduzirá o processo, inclusive no cumprimento de sentença, sempre orientado a dar maior efetividade a prestação jurisdicional, sem descuidar-se em atender aos princípios fundamentais processuais e constitucionais.

4.2 A ESCOLHA DA MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA ADEQUADA AO CASO CONCRETO

Conforme exaustivamente abordado no presente trabalho, a medida executiva adequada ao caso concreto, nem sempre estará tipificada no Código de Processo Civil/2015, implicando dizer que para algumas situações, será necessário moldar uma medida executiva atípica especificamente para o caso em análise.

Entretanto, os parâmetros para a escolha desta medida, não estão previstos no *códex* processual, cabendo, portanto, a doutrina e a jurisprudência, construir parâmetros que possam guiar o julgador na escolha destas medidas.

Com efeito, serão tratados a seguir algumas das diretrizes eleitas pela doutrina para escolha da medida atípica adequada ao caso concreto. Ressalte-se que as diretrizes aqui tratadas não esgotam todas aquelas apontadas pela doutrina.

4.2.1 A demonstração de razoabilidade e proporcionalidade

A razoabilidade impõe a necessidade de prudência na escolha feita pelo juiz. A prudência afastará da escolha qualquer medida atípica irreparável, ou que imponha ao executado uma medida ilegal.

A proporcionalidade, demonstrará que a medida escolhida é indispensável a realização da ordem judicial (adequação); que é a medida de maior efetividade que apresenta menor restrição possível ao executado (necessidade), e que sem ela não seria possível realizar o pretense direito (proporcionalidade estrita).

A título de exemplo, imagine-se uma demanda em que o autor proprietário de um imóvel, requer o despejo do seu morador, pessoa idosa que se recusa a deixar o imóvel. O juiz diante do caso concreto determina força policial para cumprimento da ordem. Pode-se dizer, em uma análise perfunctória, que a ordem judicial encontra guarida na razoabilidade e na proporcionalidade. Entretanto, caso determine na ordem judicial que a força policial seja constituída de um batalhão de polícia fortemente armado, transportado em veículos blindados, esta ordem por óbvio, perde a sustentação do razoável e do proporcional.

Mesma sorte deve ter a medida que visa apreender a carteira de habitação de um taxista com o fito de compeli-lo a pagar quantia certa em execução. Ora, no caso sugerido, a medida não apresenta proporcionalidade por lhe faltar necessidade¹⁶, posto que, o executado, impedido de trabalhar, não poderá levantar recursos para adimplir a execução.

Assim uma medida desarrazoada e desproporcional não pode encontrar guarida no ordenamento jurídico, devendo, portanto, ser desconsiderada de pronto pelo magistrado.

4.2.2 A prioridade de aplicação das medidas executivas típicas

O legislador do CPC/2015 esmerou-se em descrever pormenorizadamente a execução por quantia certa, buscando atender às mais diversas situações. Ora, não é razoável crer que o legislador tenha se esforçado tanto em vão.

Neste sentido, percebe-se que o comando legal para suspensão da execução quando não houverem bens penhoráveis tem clareza solar. Veja-se o que prevê o art. 921 do CPC/2015:

Art. 921. Suspende-se a execução:

I – nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

¹⁶ Por questões didáticas, foi desconsiderado da análise qualquer outro princípio que possa ter sido ofendido na situação proposta.

II – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III – quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV – se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V – quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

(grifei)

A interpretação que se extrai do artigo supracitado não é outra senão, a de que a tipicidade deve ser privilegiada. Se assim não fosse, quando não encontrados bens penhoráveis, a execução não seria suspensa, ao contrário, o juiz seguiria com a execução determinando outros meios atípicos para satisfação do crédito exequendo (DIDIER JR., 2017). Assim, a aplicação dos meios executivos típicos não é uma opção do juiz, é ao contrário um pré-requisito para adentrar às fronteiras da atipicidade das medidas executivas.

Ressalte-se, por fim, que a interpretação da norma do art. 921, III acima referido, deve significar a real inexistência de bens, excetuando-se, portanto, aqueles casos em que o executado blinda ou esconde seu patrimônio como forma de frustrar a execução. Para estes casos, não se entende adequada a suspensão do processo de execução, sob pena de esvaziar todo o efeito de proteção a efetividade do processo concedido pelo art. 139, IV do CPC/2015. Curial assinalar, que é exatamente para estes casos, em que o patrimônio do devedor não está à vista, que a aplicação das medidas atípicas empresta maior efetividade ao processo.

4.2.3 A medida atípica não pode ser sanção, deve ser meio executivo para realização do Direito.

O Estado-Juiz, por certo deve envidar todos os esforços no sentido de dar efetividade à execução. No entanto, diante do caso concreto, em que se impõe a necessidade da escolha de medida executiva atípica indutiva ou coercitiva como forma de alcançar esta efetividade, o juiz deverá analisar também a eficácia da medida escolhida em alcançar seu objetivo maior, qual seja, o de compelir o executado a cumprir com a obrigação de pagar. Daniel Assumpção Amorim (2016, p. 1075-1076) espousa mesma linha de pensamento:

Por outro lado, não será cabível a adoção de tais medidas se elas não tiverem concreta capacidade de cumprir sua função, qual seja, a de pressionar psicologicamente o executado a cumprir sua obrigação. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, não

cabe aplicação de astreintes para pressionar o executado a cumprir obrigação de impossível cumprimento porque nesse caso estar-se-á diante de sanção e não de medida executiva. O mesmo raciocínio deve ser utilizado para a aplicação das medidas executivas atípicas, de forma a ter seu cabimento condicionado à possibilidade de a obrigação de pagar quantia ser cumprida. Em outras palavras, é medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação). Não é, portanto, medida a ser aplicável ao que não paga porque não tem meios para tanto.

Com efeito, impor qualquer medida atípica com o fito de pressionar psicologicamente o executado que de fato não possui meios para adimplir a execução, se constitui em simples punição. Este não é o sentido teleológico da norma que permite o uso de medidas atípicas no sentido de assegurar o cumprimento de ordem judicial de pagar.

4.2.4 A medida deve causar a menor restrição possível ao executado

Esta diretriz se coaduna com o princípio da menor onerosidade, pelo qual a execução se processará da forma menos onerosa possível para o executado. Oportuno assinalar que a afirmação anterior deve ter em conta a efetividade do processo, que não deverá ser sacrificada em detrimento da menor onerosidade. A diretriz impõe que o juiz diante de medidas executivas atípicas variadas, e igualmente eficazes, a escolha daquela que ofereça menor prejuízo ao executado.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 115):

Diante disso tudo, é possível concluir que o princípio do resultado é aquele que mais essencialmente representa a forma como deve desenvolver-se a execução. Ela deve sempre orientar-se pela solução que melhor espelhe o cumprimento voluntário e tempestivo da prestação exigida. Todavia, sempre que coexistirem mais de um mecanismo igualmente hábil para esse resultado efetivo, deve-se sempre optar pelo caminho menos gravoso ao executado.

Oportuno reproduzir dois dos artigos do CPC/2015 que guardam estreita relação com os efeitos desta vedação.

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

[...]

Art. 847. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

[...]

Os artigos acima reproduzidos têm o condão de proteger o executado da constrição mais gravosa. Importa ressaltar, entretanto, conforme anteriormente apontado, ao se utilizar da prerrogativa de substituir o bem penhorado ou a medida executiva mais gravosa, o executado atrai para si o ônus de apresentar alternativa executiva menos gravosa e necessariamente hábil a satisfazer o crédito exequendo sem qualquer prejuízo ao exequente.

Não aproveita ao executado a prerrogativa de simplesmente alegar meio executivo excessivamente oneroso sem que ofereça, outro, tão eficaz quanto aquele supostamente mais grave, sob pena de frustrar a efetividade do processo.

4.2.5 A escolha da medida executiva atípica deve estar devidamente fundamentada e submeter-se ao contraditório

O dever de fundamentação das decisões judiciais está previsto no art. 11 do CPC/2015 que repete quase a integralidade do art. 93, IX da CF/1988. Ambos preveem a necessidade de que todas as decisões devem estar fundamentadas sob pena de nulidade.

A escolha da medida atípica adequada ao caso concreto não poderia fugir à esta regra. O dever de fundamentar as decisões, além de atender aos comandos Constitucional e Processual, é também a única forma que o juiz poderá pôr à prova a adequação da sua escolha, submetendo-a ao controle pelas partes através do contraditório. Eleita a medida executiva atípica, para que se sustente, deverá vencer todas as etapas apontadas neste capítulo, demonstrando-se ao final, razoável e proporcional diante do caso concreto.

Em exposição dos *standards* que devem balizar a aplicação das medidas atípicas, Fredie Didier Jr. (2017, p. 117), entende que:

Deve o juiz, na fundamentação decisória, expor racionalmente os motivos da sua escolha, demonstrando, com atenção ao art. 489, § 1º, CPC, de que

modo a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, vistos no item anterior. Considerando que a escolha da medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista, é essencial a observância do contraditório (arts. 7º e 9º, CPC), ainda que diferido para momento posterior - a defesa na fase de cumprimento, o recurso cabível ou mesmo eventual pedido de reconsideração.

O art. 489, §1º, reafirma a necessidade de fundamentação, indicando ainda em seus incisos de forma detalhada, os pré-requisitos obrigatórios de todas as decisões, sejam elas, interlocutórias, sentenças ou acórdãos.

Por fim, importa ressaltar que a fundamentação das decisões, sobretudo daquelas que impõe medidas atípicas às partes, ganha muito mais destaque uma vez que, o juiz, através da atipicidade executiva poderá impor limitações a direitos legalmente garantidos às partes. Desde que, reitere-se, fundamente sua decisão, demonstrando o atendimento aos princípios de direito, e deixando-a provar-se adequada através do contraditório.

4.2.6 O respeito ao elemento teleológico da norma

Toda lei tem em sua gênese uma finalidade. Almeja alcançar um fim específico. Depois de imaginada pelo legislador, é positivada no ordenamento jurídico com o objetivo de garantir que aquele fim específico imaginado pelo legislador seja cumprido no futuro.

Não há dúvidas quando ao sentido teleológico da norma processual que permite a adoção de medidas atípicas para cumprimento das decisões judiciais. Em apertada síntese, é o de imprimir maior efetividade ao processo.

No entanto, ao adotar medidas executivas atípicas, o magistrado muitas vezes, estará aparentemente colidindo com outras normas processuais e constitucionais. Nesta oportunidade, para vencer este conflito e confirmar a legalidade da medida atípica escolhida, deve encontrar o elemento teleológico da norma supostamente afrontada, para a partir daí, vislumbrar se efetivamente, há de fato alguma afronta a norma em seu sentido teleológico.

Abordando a importância de investigar o elemento teleológico da norma, Paulo Nader (2014. p. 258) ensina que:

É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históricas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva, o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, apenas adapta princípios e regras à realidade social. Mantém-se fiel, portanto, aos propósitos que nortearam a elaboração das normas. Ihering valorizou essa atividade, lembrando a importante função da *interpretatio* romana, que não consistia na simples aplicação de normas aos casos concretos, mas na conciliação do Direito com os fatos sociais. (NADER, p. 176). [...] Na moderna hermenêutica o elemento teleológico assume papel de primeira grandeza. Tudo o que o homem faz e elabora é em função de um fim a ser atingido. A lei é obra humana e assim contém uma ideia de fim a ser alcançado. Na fixação do conceito e alcance da lei, sobreleva de importância o estudo teleológico, isto é, o estudo dos fins colimados pela lei. Enquanto a *occasio legis* ocupa-se dos fatos históricos que projetaram a lei, o fator teleológico investiga os fins que a lei visa a atingir. Quando o legislador elabora uma lei, parte da ideia do fim a ser alcançado. Os interesses sociais que pretende proteger, inspiram a formação dos documentos legislativos. Assim, é natural que no ato da interpretação se procure avivar os fins que motivaram a criação da lei, pois nessa descoberta estará a revelação da *mens legis*.

Assim, buscar o elemento teleológico da norma supostamente afrontada, é encontrar os caminhos pelos quais a medida executiva atípica poderá trilhar promovendo a efetividade do processo sem vilipendiar princípios constitucionais e processuais.

Este é um dos papéis fundamentais do magistrado, que para além da aplicação literal da lei, deve buscar o sentido da norma, interpretá-la de forma evolutiva, com o fito de tornar o processo mais efetivo através da aplicação de medidas atípicas.

4.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DO ART. 139, IV, CPC/2015 – CASO DA APREENSÃO DE CNH E DO PASSAPORTE DO EXECUTADO

As cláusulas gerais de efetivação incluídas no Código Processual de 2015, de fato trazem maior efetividade ao processo. Diante da inovação em permitir a aplicação de medidas executivas “estranhas” ao texto do *códex* processual, a doutrina e a jurisprudência se apressaram em apresentar parâmetros e balizas para aplicação destas medidas. Algumas dessas balizas foram tratadas ao longo deste trabalho, e representam verdadeiras diretrizes que buscam em última análise afastar a medida adotada da fulminante ilegalidade.

Neste sentido, demonstra-se oportuno, a título de exemplo, tecer comentários a respeito de duas das medidas atípicas comumente discutidas nos tribunais pátrios e de que forma tem se apresentado a argumentação em torno delas. Importa ainda, alertar ao leitor, que este é um campo em verdadeira ebulição entre doutrinadores e magistrados, com efeito, ainda carece de pacificação em nossos tribunais.

Entre as medidas mais controversas, estão aquelas que determinam a apreensão de CNH e passaporte do executado.

A *prima facie*, de fato, aparentam ser medidas graves, que em muitos pontos podem afrontar direitos e princípios constitucionais dos executados. Motivo pelo qual, para a doção de tais medidas, faz-se necessário profunda análise do caso concreto à luz dos princípios constitucionais e processuais, de forma a encontrar fundamentação adequada para permitir-lhes ou negar-lhes aplicação.

O objetivo das medidas executivas atípicas, principalmente daquelas coercitivas indiretas, conforme anteriormente tratado, é o de forçar o executado através da imposição de restrições de direitos, impondo-lhe situações onerosas e inconvenientes, que em última análise terão o condão de forçar-lo ao cumprimento do quanto sentenciado.

4.3.1. Comentários ao exemplo de caso na apreensão de CNH – Agravo de instrumento nº 2084072-90.2017.8.26.0000 – Tribunal de Justiça de São Paulo

O caso em análise, versa sobre funcionário público, que investido na função de encarregado do setor pessoal, responsável pelo pagamento dos funcionários do município de Nhandera-SP, desviou valores em benefício próprio.

Diante do ilícito, foi condenado à suspensão de seus direitos políticos por prazo determinado, ressarcimento ao erário dos valores desviados devidamente atualizados, pagamento de multa civil, proibição de contratar, receber benefícios ou incentivos fiscais do poder público por prazo determinado, além de pena de dois anos e quatro meses de reclusão.

Frente a inadimplência do quanto sentenciado, lhe foi imposta medida atípica de apreensão da Carteira Nacional de Habilitação. Irresignado, interpôs o agravo de instrumento em análise, buscando a reforma da decisão que lhe retirou o direito de dirigir. Utilizou como fundamentação do agravo, a violação aos princípios da menor

onerosidade ao devedor, da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, além do seu direito de ir e vir.

Como resultado, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu por unanimidade negar-lhe provimento ao recurso que teve a seguinte ementa:

AGRAVO. Ação civil pública. Cumprimento de sentença. Apreensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e passaporte. Art. 139, inc. IV, do NCPC. Medida excepcional tendente à efetividade da prestação jurisdicional. Ausência de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade e direito de ir e vir. Menor onerosidade, ademais, que não pode ser invocada para eximir o devedor de obrigação que lhe é afeta. Poder-dever de cautela. Decisão mantida. Recurso não provido. (BRASIL, 2017).

Em sua fundamentação, o desembargador relator, apontou a possibilidade franqueada pela norma inculpada no art. 139, IV, do CPC/2015 de realização do direito material através de diversos meios excepcionais e subsidiários àqueles previstos no código. Todos direcionados para a efetividade da tutela jurisdicional. Ressaltou ainda que a finalidade da norma, não é a imposição de sanções, mas sim a de impor restrições de direitos, com o objetivo de persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações onerosas e inconvenientes, capazes compeli-lo ao cumprimento da condenação imposta.

O tribunal enfrentou ainda as supostas violações aos princípios elencados pelo executado então agravante, lembrando tratar-se o réu condenado, a quem foi garantido o devido processo legal e ampla defesa, cuja sentença transitou em julgado, e que terminou por condená-lo por ato de improbidade administrativa que causou prejuízo ao erário público. Reforçou também, o referido tribunal, que o executado não pode apontar o princípio da menor onerosidade como forma de esquivar-se de obrigação à ele imposta, que diante do grave ilícito a medida demonstra-se razoável e proporcional, sustentou ainda não haver qualquer ofensa ao princípio da dignidade humana posto que não foi negado ao executado o mínimo existencial, uma vez que sequer demonstrou depender da CNH para exercer trabalho remunerado, por fim, não vislumbrou qualquer dano ao direito de ir e vir senão simples medida restritiva de direito.

A análise do caso apontado demonstra o cuidado do desembargador relator em cumprir com as etapas necessárias a demonstrar adequação e legalidade da

medida executiva atípica adotada. Tendo enfrentado os argumentos trazidos pelo agravante, demonstrou à luz do caso concreto a necessidade de manutenção medida restritiva de direitos.

A alegação do agravante ao princípio da menor onerosidade, de fato não se sustenta, uma vez que não se desincumbiu ao teor do parágrafo único do art. 805, CPC/2015, do dever de indicar meios eficazes para a execução. Desta forma, tivesse o tribunal acolhido sua tese com base neste argumento, estaria tão somente onerando a posição do agravado.

Melhor sorte não atende a invocação de ofensa ao princípio da dignidade humana, tampouco ao direito de ir e vir. A restrição ao direito de dirigir, quando este direito não estiver relacionado diretamente à atividade laboral do executado não tem o condão de lhe negar dignidade. Não se nota ainda qualquer impedimento ao deslocamento do executado, senão aquele realizado ao arrepio da vedação à direção de veículos. Assim, poderá deslocar-se por qualquer modalidade de transporte, desde que não esteja pessoalmente guiando o veículo.

Enfrentados todos os argumentos do réu contra a aplicação da medida de apreensão da CNH, não encontrado qualquer excesso ou ilegalidade, a medida provou-se assertiva, e adequada a pressionar o réu a atender o quanto sentenciado.

Ressalte-se que sem a previsão do art. 139, IV do CPC/2015, dificilmente a decisão de apreensão da CNH do executado poderia se sustentar.

4.3.2. Comentários ao exemplo de caso na apreensão de passaporte – Agravo de instrumento nº 0700302-26.2017.8.07.0000 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

O caso em questão, demonstra a aplicação de medida atípica para apreensão de passaporte do sócio da executada, empresa privada, que em cumprimento de sentença, deixou de pagar quantia certa. Após busca extensiva pelo patrimônio da empresa devedora, constatou-se presentes os requisitos para desconsideração da sua personalidade jurídica.

Entretanto, melhor sorte não atendeu à desconsideração da personalidade para atacar o patrimônio do sócio no que tange o cumprimento de sentença, uma vez que apesar de constatar-se inúmeras viagens ao exterior realizadas por este

sócio, curiosamente não se encontrou patrimônio em seu nome que pudesse garantir, ou sequer adimplir parte do valor executado.

Em análise ao agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeiro grau, que indeferiu o pedido de apreensão de passaporte e carteira nacional de habilitação, a 6ª Turma Cível, assim se pronunciou em seu acórdão para reforma a decisão do juiz de piso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUSPENSÃO DE CNH E APREENSÃO DOS PASSAPORTES DOS EXECUTADOS. FINALIDADE DE COMPELIR AO PAGAMENTO DE DÍVIDA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE LOCOMOÇÃO DO DEVEDOR. NÃO VIOLADO. 1. O novo CPC prevê expressamente cláusula geral, seja no art. 139, inciso IV, ou no artigo 301, que permite deferir qualquer medida capaz de dar efetividade às decisões judiciais, inclusive nas demandas que tenham por objeto a prestação pecuniária, ampliando, assim, as possibilidades para o magistrado, como condutor do processo, alcançar a efetividade nas execuções. 2. A suspensão da CNH e a apreensão dos passaportes dos executados não violam nenhum direito fundamental, já que não estão eles sendo privados de seu direito de ir e vir, mas apenas se lhes impoem medida restritiva de direito, com fulcro coercitivo com o fim de dar efetividade à decisão judicial. Agravo de instrumento conhecido, e parcialmente provido. (BRASIL, 2017).

Reformando a decisão anterior, o tribunal deferiu a apreensão da CNH e do passaporte dos executados, sustentando, apesar de que medidas atípicas não possam ser aplicadas indiscriminadamente, em situações excepcionais, esgotadas as medidas típicas e diante de indícios de que o devedor se opõe maliciosamente à execução, estarão efetivamente justificadas sua aplicação, devendo, portanto, serem adotadas a fim de coibir abusos.

Cuidou ainda o tribunal de apontar a necessidade de atenção ao princípio da proporcionalidade, da menor onerosidade, e do respeito às garantias asseguradas na Constituição Federal. Lado outro, reputou como inadmissível a permissão para que “o devedor contumaz e ardiloso”, utilizando-se de meios ilícitos, oculte seu patrimônio e esquive-se do pagamento da sua dívida.

Na sua decisão, o tribunal, julgou que tais medidas se mostram razoáveis e proporcionais para compelir os executados a saldarem suas dívidas. Com relação a alegação dos agravados, quando a ofensa ao direito de ir e vir por conta da apreensão do passaporte, sustentou o tribunal, que não haveria prejuízo a este direito, vez que estariam impedidos de viajar apenas para países que exigem tal documento para ingresso, e que caso houvesse interesse dos agravados em viajar

para o exterior, por certo haveriam também recursos, ao menos, para minorar sua dívida frente o exequente.

Pois bem, com relação a apreensão da CNH, conforme já abordado na análise do caso anterior, não há retoque a ser feito. Entretanto, com relação a apreensão do passaporte, esta é uma restrição que merece uma análise mais apurada.

Assim como no caso da apreensão da CNH, o caso concreto deve estar no cerne desta análise. Em verdade, são poucos os países que permitem ingresso de brasileiros sem apresentação de passaporte, entretanto, a princípio, não parece ser essa a questão que deve ser levada em conta para avaliar a efetiva afronta ao direito de ir e vir no caso de apreensão de passaportes.

Conforme abordado anteriormente no tópico 4.2.6, verificada colisão entre normas, antes de optar pela aplicação de uma ou outra, deve o juiz encontrar os seus elementos teleológicos, a fim de encontrar os caminhos para que as normas em colisão cumpram as suas reais finalidades.

No caso em tela, a afronta ao direito de ir e vir, também conhecido como liberdade de locomoção, insculpido no art. 5º, XV da CF/1988, foi levantado em defesa e oposição à apreensão do passaporte. Mas de fato, qual seria o sentido desta norma?

Este é um direito consagrado há muito, em inúmeras constituições e diplomas internacionais, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XIII), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 2º), na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (art. 26), O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (art. 12), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 22), na Constituição Italiana de 1947 (art. 16), na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 (art. 11), etc.

A inclusão desse direito em todos os diplomas internacionais, passou a ser exaltada após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de garantir que qualquer pessoa pudesse deixar seu país e a ele regressar sem restrições. Resta óbvio, portanto, que o sentido teleológico desta norma é o de proteger a liberdade do cidadão para que não seja constrangido pelo Estado a permanecer em seu território contra vontade própria, tampouco impedi-lo de retornar à sua pátria.

Nesta senda, vejamos em perspectiva o caso apresentado, em que o devedor, condenado a pagar quantia certa, frustra todas as medidas executiva

típicas, ocultando seu patrimônio, não demonstrando qualquer intenção em pagar o débito judicialmente constituído, e mesmo inadimplente, continua a viajar para o exterior a passeio.

Ressalte-se ainda, que no caso apresentado, em momento algum foi levantado em defesa do agravado, que as viagens que realizava ao exterior, tinham o objetivo de atender a compromissos de trabalho ou realização de negócios.

Tomando como norte o sentido teleológico da norma em questão, não é razoável crer, que a mesma norma que protege qualquer cidadão do constrangimento ilegal por parte do estado, em mantê-lo “preso” no seu território contra sua vontade, seja utilizada por aqueles que mesmo inadimplentes, queiram se valer do seu manto protetivo, para impedir que lhes sejam impostas restrições a este direito com o objetivo de lhes compelir a pagar o que devem.

Não há dúvida quanto à importância e a necessidade de se garantir o direito de ir e vir a todos os cidadãos, no entanto, utilizá-lo levemente como forma de proteção à medida executiva de apreensão de passaporte, não parece atender ao elemento teleológico desta norma. Acolher a tese de que a simples apreensão de passaportes implica em afronta ao direito de ir e vir, sem análise apurada do caso concreto, é em última análise, desprezar sua importância e atribuir-lhe a ingrata função de defesa processual meramente protelatória e chicaneira.

Diante do exposto, a apreensão de passaporte para compelir o executado a adimplir seu débito, demonstrou-se adequada diante do caso concreto narrado. No entanto, importa ressaltar, mais uma vez, que a análise do caso concreto é fundamental para a adoção de qualquer medida atípica. Isto porque, se no caso apresentado, o objetivo das viagens do executado ao exterior não fosse o turismo, mas sim o trabalho, haveria necessidade de uma análise sob ótica diversa. Nesta hipótese, com nova roupagem, estaria se adicionando a questão do trabalho, que guarda estreita relação com a dignidade do indivíduo, e mais, seria um contrassenso impedir que o executado trabalhasse justamente quando precisa levantar recursos para pagar o que deve.

4.4 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA BUSCA PELA TUTELA EXECUTIVA EFETIVA

Por fim, fundamental ressaltar, que o juiz deve atuar como representante do Estado com o fito de promover a justa composição processual e resolver o conflito entre as partes. Neste sentido, a atuação como mero espectador, uma figura acima de todas as outras, não mais se coaduna com o atual panorama processual. O juiz deve atuar de forma proativa e participativa, para juntamente com as partes, encontrar os caminhos para a efetividade do processo. O juiz Valisney de Souza Oliveira (2016, p. 137), afirma que:

Se antes o processo tinha no juiz a figura central acima das partes e dos representantes delas, os novos tempos exigem um juiz participativo, atuante, que maneja o processo com firmeza e aprecia os direitos das partes com isenção, sem vedar a colaboração dos demais intervenientes no rito procedimental que leve à decisão o quanto possível dentro dos parâmetros de justiça, equidade e da preservação da vida, da liberdade, da isonomia, contribuindo para uma justiça mais humana e mais social, mais presta [sic] na busca de resolução de controvérsia e mais equânime, solidária e justa.

Firme-se, que diante do novo panorama processual, apesar de restar franqueada ao autor, a possibilidade de sugerir as medidas executivas que entender como adequadas, o juiz não está de forma alguma adstrito à estas medidas sugeridas pelo autor, tampouco está limitado àquelas tipificadas no código processual (MARINONI, 2018). Muito além disso, o juiz poderá adotar, ainda que de ofício, a medida executiva que entender mais adequada ao caso concreto.

Não é outro o objetivo de tal posicionamento, senão o de conceder ao processo maior celeridade e efetividade. Entretanto, ainda que esta mudança de postura, denote a necessidade de uma atuação mais diligente do magistrado, importa observar que o próprio sistema cuidou de fornecer as balizas nas quais o juiz deve pautar-se no sentido de que, apesar de diligente, mais atuante e com maiores poderes, deverá julgar com vistas a atender os fins sociais, às exigências do bem comum, promover a dignidade da pessoa humana, observando ainda a aplicação de princípios como a proporcionalidade, a razoabilidade, legalidade, a publicidade e a eficiência. Todos previstos no o artigo 8º do CPC/2015. Nesta senda, o Juiz de direito do TJDF, Jasen Fialho de Almeida (ALMEIDA, 2015, p. 01), colaborador no projeto do Novo Código de Processo Civil, ilumina a questão da aplicação de normas fundamentais por parte dos magistrados.

Nessa linha moderna de pensamento, o legislador pátrio concedeu novos deveres aos juízes ao prescrever logo em seu início, nas Normas Fundamentais, que ao aplicar a lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º). Em verdade inseriu o legislador o que já prevê o art. 5º da LINDB (fins sociais e às exigências do bem comum), também um princípio fundamental da CF, no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), e princípios da administração pública (proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência). A inovação real é que a partir daí determinou ao magistrado o poder/dever de aplicar mesmo nas relações de direito privado, uma gama de normas e princípios, neles inseridos os de natureza de direito administrativo ao caso concreto, no interesse da efetiva prestação jurisdicional com verdadeira e necessária distribuição de Justiça. Imagine-se, por exemplo, a gama de situações em que o julgador poderá aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para resolver uma controvérsia, hoje fundamentado na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, por força legal expressa. Talvez essa seja a grande e moderna inovação do CPC ao ampliar os deveres do Juiz sem que se cogite em ativismo judicial. Foi a vontade e deliberação do legislador autêntico no coro dos anseios sociais.

Importa ressaltar que esta atuação do magistrado, tanto no cumprimento de sentença quando no processo de execução é similar, e deve mirar na satisfação e entrega do bem da vida pretendido pelo credor, seja através da penhora, leilão ou qualquer outra medida executiva se demonstre adequada (OLIVEIRA, 2016). Como forma de consubstanciar a escolha dessas medidas executivas, a aplicação das normas fundamentais demonstra-se valiosa ferramenta para o magistrado, sobretudo na adoção de medidas executivas atípicas.

Neste sentido, apesar de não estar isolado neste protagonismo pela busca da efetividade do processo, o juiz exerce papel preponderante para sua efetivação. Juntamente com as partes, poderá criar, diante do caso concreto, medidas atípicas formatadas especificamente para o caso concreto e para atender à efetividade do processo, sem que, no entanto, afrontem aos princípios processuais e constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho abordou a questão da aplicação de medidas atípicas no curso cumprimento de sentença como forma de dar mais efetividade ao processo sob a luz de princípios constitucionais e processuais.

É inegável as melhorias que o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao processo. As mudanças promovidas imprimiram no processo civil brasileiro maior aderência à realidade, provendo ainda verdadeira relação simbiótica com o direito material. No que tange o tema proposto, franqueou a possibilidade às partes e ao magistrado de se utilizar de medidas atípicas para compelir o executado a cumprir com os termos do comando judicial materializado na sentença.

Durante a pesquisa, chegou-se ao entendimento de que o processo não deve representar um fim em si mesmo, mas um instrumento através do qual o Estado, dentre outros escopos, tem a obrigação de solucionar relações jurídicas conflituosas, pacificando-as através de uma atividade satisfativa dentro do processo. Este foi o pacto proposto pelo Estado quando no passado negociou com o cidadão para que abrisse mão da vingança privada. A vista disso, não pode o Estado simplesmente furtar-se a entregar o que prometeu. A efetividade foi esta promessa. Nesta perspectiva, uma simples carta de sentença não se mostra suficiente para substituir o bem da vida pretendido, tampouco para atingir os fins a que se destinam o processo.

Neste sentido, as medidas executivas atípicas, surgem como alternativa a promover maior efetividade do processo no momento em que após utilizadas todas as medidas executivas típicas literalmente previstas no código, o executado mantém-se resolutivo em não adimplir a fase de cumprimento de sentença. É evidente o benefício que a aplicação de medidas atípicas traz à efetividade do processo. Entregar o bem da vida àquele que busca guarida na tutela jurisdicional provou ser um dos grandes escopos processuais.

Em outro giro, a aplicação de medidas atípicas revelou-se alternativa que merece cuidadosa análise por parte do magistrado, que deverá à luz dos princípios constitucionais e processuais analisados, e ainda, diante do caso concreto, avaliar sua aplicabilidade de forma a conservar o processo dentro dos limites da legalidade sem, no entanto, lhe retirar efetividade. Este parece ser o grande desafio a ser

enfrentado pelos magistrados, e operadores do direito, diante da nova ordem processual que se apresenta.

A tarefa atribuída aos sujeitos no processo, sobretudo magistrados, parece exigir deste último um olhar e uma atuação mais ativa e diligente. As regras trazidas no novo código de processo civil que permitem conceder maior efetividade ao processo através das cláusulas gerais de efetivação, sobretudo daquela insculpida no art. 139, IV, mostrar-se-ão inócuas diante de uma atuação apática e inerte do magistrado.

Nesta lógica, apresenta-se como fundamental que a atuação do magistrado leve em conta a análise do caso concreto quando da eleição de medidas atípicas com o fito de dar maior efetividade ao processo. As cláusulas gerais de efetivação franquearam ao magistrado maior liberdade, não para adotar qualquer medida, mas para se utilizar desta liberdade e adotar medidas atípicas especialmente moldadas para o caso em análise. Como já se mencionou, seria impossível ao legislador prever todas as situações e, por conseguinte todas as medidas executivas típicas para solucioná-las. A aplicação das medidas atípicas, vêm suprir o processo com medidas executivas alternativas para aquelas situações não imaginadas pelo legislador. Através de uma interpretação finalística das cláusulas gerais de efetivação, percebe-se a vontade do legislador em dar maior efetividade ao processo. Esta é a essência das medidas atípicas, a moldagem e customização de medidas executivas que venham a aderir ao caso concreto de forma legal, harmônica e eficaz, promovendo em última análise a efetividade do processo.

Equilibrar medidas executivas atípicas de coerção, em que o executado sofre limitação de direitos como forma de força-lo ao cumprimento de sentença, com os princípios constitucionais e processuais, parece ser a árdua tarefa reservada a doutrina e a jurisprudência. Nesta senda, mostrou-se importante apresentar algumas das balizas já consagradas em nosso ordenamento, que poderão nortear a tarefa do magistrado, e que afastarão a medida escolhida da fulminante ilegalidade.

O exame de julgados que demonstraram a aplicação de duas das medidas atípicas frequentemente utilizadas, revelou a importância em conceder maior foco na análise dos elementos teleológicos das normas supostamente conflituosas. A proibição de uma ou outra medida atípica que limita direitos, deve repousar no sopesamento dos elementos teleológicos destes princípios, sob pena de esvaziar o sentido da norma geral de efetivação trazida no novo *códex* processual. O órgão

jugador antes de negar aplicação de uma medida executiva deve encontrar o sentido da norma supostamente ofendida, para a partir deste sentido julgar a real existência de afronta à norma em análise.

Por fim, o resultado do processo não pode representar mera expectativa de direito, ao contrário, deve representar a realização do direito. Obter uma sentença ou acórdão favorável em um processo e não lograr êxito em efetiva-lo, não representa verdadeira prestação jurisdicional. O Estado Democrático de Direito exige que o Estado, entregue, de fato, soluções para as relações jurídicas conflituosas, sob pena de deslegitimar todo o sistema jurídico pátrio. A sentença de mérito é meramente parte desta solução. Somente a efetividade do processo através da entrega do bem da vida deferido no comando judicial tem o condão de pacificar as relações conflituosas.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Jansen Fialho de. O novo CPC e as normas fundamentais. **Jornal Correio Braziliense**, Brasília, 6 de abril 2015, Caderno Direito & Justiça. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2015/o-novo-cpc-e-as-normas-fundamentais-juiz-jansen-fialho-de-almeida>>. Acesso em: 13 jun 2018.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**: manual de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAHIA, Flávia. **Direito constitucional**: Coleção descomplicando. Coordenação Sabrina Dourado. 3. ed. Recife: Armador, 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2084072-90.2017.8.26.0000**. São Paulo, SP, 31 de mai de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_20840729020178260000_73f67.pdf?Signature=zl30EicwEKRC8AjBNcnvMRCQF%2Fk%3D&Expires=1532786161&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3a7c4dbb3f917d3148c5ed2a611592fd>. Acesso em: 28 jul 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Agravo de Instrumento nº 0700302-26.2017.8.07.0000**. Distrito Federal, DF, 03 de Maio de 2017. Disponível em: <<https://tj->

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/500666744/7003022620178070000-df-0700302-2620178070000/inteiro-teor-500666763?ref=juris-tabs>. Acesso em 05 ago 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Das Normas Fundamentais do Processo Civil**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et. al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 70-111.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

ESPANHA. Constituição Espanhola de 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em: 01 de jul de 2018.

DIDIER JR., Fredie; et. al. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias,**

decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Das Normas Fundamentais do Processo Civil**. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34-79.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 10 jun de 2018.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. O que é inédito. O que mudou. O que foi suprimido. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Dos Deveres das Partes e de Seus Procuradores**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et. al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287-311.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil**, 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242950/000939997.pdf>. Acesso em: 20 mai 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>. Acesso em: 15 jul 2018.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2017

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**, setembro/2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.09.PDF. Acesso em: 03 jun 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In: Revista da Ajuris, v. 32, n. 98, 2005, p. 7-32.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O juiz e o novo código de processo civil**. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Ma-fé Processual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.