

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

MARINA FONTES MELLO DOS SANTOS

**A APLICAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS COERCITIVOS ATÍPICOS
PARA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA**

SÃO PAULO
2018

MARINA FONTES MELLO DOS SANTOS

A APLICAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS COERCITIVOS ATÍPICOS
PARA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Claudia Aparecida Cimardi.

São Paulo
2018

MARINA FONTES MELLO DOS SANTOS

A APLICAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS COERCITIVOS ATÍPICOS
PARA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA

Aprovada em: ____/____/____.

Professora Doutora Claudia Aparecida Cimardi

São Paulo
2018

RESUMO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Processual Civil foi se adequando com o objetivo de dar efetividade aos preceitos fundamentais. Este trabalho busca identificar as razões pelas quais ideais e disposições liberais que enalteciam o formalismo, foram dando espaço para a flexibilização procedimental. Tenta-se identificar e demonstrar alguns efeitos da flexibilização, usando como exemplo a ampliação dos poderes do juiz, que, após o advento do Novo Código de Processo Civil, passou a ter um papel mais ativo na busca de soluções efetivas para o litígio. Entre as ampliações desses poderes, o magistrado nos termos do inc. IV, do art. 139 do Código de Processo Civil pode determinar todas as medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Com base nesse cenário será analisado se essas medidas têm alcançando seu objetivo principal (e Constitucional) da efetividade, ou se tem se mostrado inócuas. Da mesma maneira, será observado se essas inovações não podem ser utilizadas de maneira arbitrária, sem observar os direitos do devedor, devendo se ater aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras Chaves: Constituição Federal; Processo Civil; Formalismo; Flexibilização; Juiz; Medidas coercitivas; Princípios.

ABSTRACT

Since the enactment of the Federal Constitution of 1988, the Civil Procedural has been adjusted with the objective of giving effect to the fundamental rights. This paper seeks to identify the reasons why ideals and liberal dispositions which praise the formalism, were giving place for procedural flexibility. It tries to identify and demonstrate some effects of this flexibilization, using as an example the extension of the powers of the judge, who, after the advent of the New Code of Civil Procedure, began to play a more active role in the search for effective solutions to the litigation. Among the extensions of these powers, the magistrate under the terms of article 139, IV of the CPC may determine all coercive measures necessary to ensure compliance with the judicial order, including actions for pecuniary benefit purposes. Based on this scenario, it will be analyzed whether these measures have reached their main (and constitutional) objective of effectiveness, or if they have proved to be innocuous. In the same way, it will be observed that such innovations should not be used arbitrarily, without observing the rights of the debtor, and must adhere to the principles of proportionality and reasonableness.

Key Words: Federal Constitution, Civil Procedural, Formalism, Flexibility, Judge, Coercive measures, principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL: DO SISTEMA LIBERAL INDIVIDUALISTA PARA A ASCENSÃO DO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO	14
1.1. Reflexos do Estado Liberal no Direito Processual Civil Brasileiro	19
1.2. Os Rumos do Processo Civil Contemporâneo.....	27
2. O EXCESSO DE FORMALISMO EM CONTRAPARTIDA COM A FLEXIBILIZAÇÃO	31
2.1. Poderes do Juiz e a Flexibilização	33
3. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS COERCITIVOS ATÍPICOS	40
3.1. O Princípio do Resultado.....	40
3.2. O Princípio da Vontade	43
3.3. O Princípio da (A)Tipicidade dos Meios Executivos.....	44
3.4. O Princípio da Proporcionalidade.....	47
4. A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO: DO INADIMPLEMENTO AOS MEIOS COERCITIVOS PARA GARANTIR AS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS.....	50
5. AS MEDIDAS COERCITIVAS COMO BUSCA DA EFETIVIDADE	54
5.1. Da Proporcionalidade e os Meios Executivos Atípicos: Limites e Possibilidades.....	58
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

O modelo de Estado Brasileiro demanda que a Constituição Federal seja promulgada por um processo democrático de direito e que, munida de supremacia, tenha um mecanismo de controle de poderes. É neste contexto que, em 5 de outubro de 2018 a Constituição da República Federativa do Brasil, chamada de “Constituição Cidadã” pelo deputado Ulysses Guimarães, completará 30 anos.

Como não poderia deixar de ser, o Direito Processual Civil tem uma relação estreita com o Direito Constitucional e não só porque o Direito Constitucional é considerado a base para outras disciplinas jurídicas, mas, principalmente, porque o processo é considerado uma função soberana do Estado e é na Constituição de 1988 que estão presentes os atributos e limites da função processual¹.

Além do mais, a Constituição de 1988 foi pioneira ao iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias para, então, tratar do Estado, da sua organização e do exercício dos poderes. Pela primeira vez no Brasil, os direitos e as garantias individuais são classificados como cláusulas pétreas, e passaram a compor o núcleo material intangível da Constituição (art.60, § 4º)².

Ao traçar preceitos sobre os direitos e garantias individuais, a Constituição indica explicitamente regras que, indiscutivelmente, devem ser aplicadas ao direito processual, como o tratamento igualitário das partes do processo (art. 5, inc. I), a garantias do devido processo legal (art. 5, inc. LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5, inc. LV), do acesso à justiça (art. 5, inc. XXXV), da razoável duração do processo e dos meios necessários para assegurar a celeridade de sua tramitação (art. 5, inc. LXXVIII, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004).

Neste sentido, a doutrina moderna indica o direito processual civil mais do que um mero instrumento, mas sim como um ramo do direito com o objetivo de resguardar a ordem

¹ THEODORO JÚNIOR Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3.

² PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas, *In*: CANOTILHO, J. J. G. et al (Coord). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 54.

jurídica, pois ao pacificar os litígios, o órgão jurisdicional cumpre sua função pública, assegurando os princípios normativos e garantindo a paz social.

Essa função do processo civil parecer ser óbvia, tendo em vista que a pacificação social deve ser almejada não só pelo ramo do direito processual civil, como também pelo próprio Estado, mas por muito tempo, em sua origem, o processo civil não tinha esse papel, era considerado um mero apêndice do próprio direito material, com a preocupação apenas em delimitar seus conceitos e formas.

Escolas antigas tratavam o processo civil como autônomo dos outros ramos do direito e, por isso, esse período foi conhecido como fase autonomista, ou chamada de “fase científica”. Essa fase foi marcada não só entre o processo civil com as demais normas jurídicas, mas também entre o direito processual com o direito material que, violados ou contravertidos, impõem a atuação do Estado-juiz.

As preocupações na fase autonomista (como o Código de Processo Civil de 1939), eram bem diferentes da preocupação da atual fase do processo civil, pois se voltavam apenas para conceitos e formas, assim conceitos de “processo”, “ação”, “pressuposto processuais”, “condições da ação”, dentre outros, foram desenvolvidos ao longo de cem anos e até hoje são referências obrigatórias para os estudiosos de processo.

No entanto, a fase moderna notou que tanta autonomia fez com que o processo civil se distanciasse de sua realidade social, sendo, conseqüentemente, distante do direito material controvertido, sem preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional.

Nos últimos anos, ficou clara a mudança de posicionamento dos processualistas que, antes se preocupavam apenas em definir conceitos e formas, mas nas últimas décadas voltaram suas atenções para processos de resultado. A doutrina priorizou buscar soluções que possam possibilitar um serviço forense mais efetivo.

Assim, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “ideias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo” mais do que de um “processo legal”, colocando em primeiro lugar as ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento³.

³ THEODORO JÚNIOR, *Ibid.*, 2011, p. 5.

Este ideal de “processo justo” demorou para tomar forma, pois o estudo sistemático do processo civil se devia também aos preceitos intrínsecos do Estado Liberal presentes na legislação, em que tudo se desenvolvia em torno da individualidade dos sujeitos envolvidos. Pode-se observar que esse pensamento individualista na maneira como os liberais tratavam o direito de ação, simplificando-o apenas como um direito formal de propor uma ação, sem atenção as questões sociais econômicas que poderiam violar esse direito.

Mas em um Estado Democrático de Direito em que a Constituição impõe ao Estado promover exercícios necessários para efetivar os objetivos fundamentais descritos no artigo 3º da Carta Magna⁴, essa visão autônoma e sistemática do processo civil não tem mais espaço para prevalecer.

Elevada a preocupação com a desigualdade social e econômica, percebido que o objetivo do direito processual poderia ser prejudicado por necessidades sociais, antes ignoradas pelo Estado, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência contemporânea o direito de ação ampliou e progrediu o alvo do processo civil.

Não foi espontaneamente que dispositivos como o da “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, LXXIV, CF) sobrevieram, tais normas foram motivadas por uma questão social antes ignorada pelo Judiciário. Além do mais, tais dispositivos parecem ser óbvios e simples de serem efetivados, mas diante de uma realidade complexa e cheia de nuances como a brasileira, a efetividade de princípios intrínsecos ao processo é um grande desafio para o Poder Judiciário.

Isto porque, essas garantias processuais almejam muito mais do que a simplicidade que nomenclatura indica. O direito ao acesso à justiça, por exemplo, não pode ser entendido somente como uma solução apenas para resolver o acesso aos órgãos judiciais, pois a efetividade não esta somente em viabilizar o acesso à justiça enquanto instituição, mas sim possibilitar o acesso à justiça justa, efetiva e tempestiva.

Um dos autores que mais enfatizou a importância das particularidades do direito ao o acesso à justiça foi o autor italiano Mauro Cappelletti, juntamente com Bryant Garth na obra

⁴ **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária; **II** - garantir o desenvolvimento nacional; **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

“Acesso à Justiça”, onde indica posicionamentos iniciados em 1965 que já buscavam soluções práticas para os problemas de acesso à justiça⁵.

Na referida obra, os autores identificaram esses posicionamentos como “três ondas de acesso à justiça”, comparando e usando como referência a situação processual de diversas Nações ocidentais com realidade política e social distintas.

A razão de definir as “três ondas de acesso à justiça” nasceu da necessidade de verificar em que circunstâncias o processo civil tem propensão concreta e efetiva de atingir suas finalidades. Este aspecto também foi verificado por Cândido Rangel Dinamarco⁶ que discorreu sobre a necessidade de ampliar o objetivo do processo:

Quando se dizia, sem ressalvas, que o escopo do processo é apto a produzir em casos concretos, fazendo com que, caso por caso, a vontade da lei fosse realizada (Chiovenda). Mas, pensando-se agora no resultado das atividades somadas do Poder Judiciário, tem-se em mira a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, que constitui projeção positivada do poder estatal. Generalizar o respeito à lei é propiciar a autoridade do próprio Estado, na mesma medida que este se enfraquece quando se generalize a transgressão aos preceitos que estabeleceu ao legislar de modo genérico e abstrato.

Assim, essa necessidade de ampliar o escopo do direito deu maior enfoque à realidade social do país. Situações que antes eram ignoradas, começaram a receber atenção especial do legislador, para que venham a ser consideradas bens jurídicos, propriamente ditos, em função de um valor axiológico antes não cogitado ou não percebido.⁷

Entretanto, mesmo com o direito material englobando essas preocupações que assolam a sociedade “seria inócuo que aí existissem bens jurídicos, como tais considerados na pauta do direito posto, mas se, de outra parte, inexistissem instrumentos processuais eficientes para que esse reconhecimento pudesse ser efetivado na ordem prática⁸.

Assim, no presente trabalho, será visto como a visão contemporânea do processo civil (que foi materializada através dos dispositivos da Lei 13.105/2015) levou os processualistas a buscarem soluções palpáveis para que a proteção judicial seja uma

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 29.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134.

⁷ ALVIM, Arruda. **Execução Civil e Temas Afins – do CPC/1973 ao Novo CPC**: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis. coord. Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Gilberto Gomes Bruschi, Mara Larsen Chechi, Mônica Bonetti Couto, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

⁸ ALVIM, Op. cit., p. 85.

possibilidade real para as partes do processo, com intuito de tornar eficaz o direito material, em torno de valores sociais contemporâneos, nos quais se traduz o sentimento de Justiça.

Neste contexto, pode-se observar as primeiras grandes modificações sofridas pelo direito processual civil e a maior delas consistiu – ou a mais importante - foi o repúdio ao formalismo mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, priorizando os objetivos que o processo pretende atingir⁹.

Desta forma, foi perceptível o decaimento do formalismo com a ampliação dos poderes – e deveres – do magistrado que, agora, sendo devidamente transcrito no Código de Processo Civil, pode atuar ativamente com o objetivo de buscar a solução dos conflitos. Logo, o magistrado não deve ser um espectador do litígio, senão que deve ser um juiz ativo, o que traduz não só na melhor maneira de conduzir o processo (eficiência), como também, na incumbência de efetivar a tutela jurisdicional.

Neste mesmo sentido, outras possíveis soluções foram trazidas pelo Novo Código de Processo Civil como medidas para efetivar a celeridade dos processos. Algumas dessas inovações foram consideradas polêmicas, vez que podem ser interpretadas como obstáculos a preceitos fundamentais, em algumas passagens, sem dúvidas, o texto da lei pode parecer contraditório durante o estudo e a prática forense.

Mas a inovação que merece ganhar destaque pelo presente trabalho é a da flexibilização do procedimento como meio de se alcançar a tão almejada efetividade da tutela jurisdicional. Isto porque, o conceito e a função da flexibilização se aproximam muito com o objetivo de um Estado Democrático de Direito e expressa a função do processo civil discutida pela doutrina contemporânea.

O panorama de processos em tramitação diminui muito de 2012 para cá, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processo de acordo com o Relatório em Números e algumas mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil podem ter ajudado a melhorar a efetividade do Judiciário, já que traz ideias menos rígidas.¹⁰

⁹ DINAMARCO, *Ibid.*, 2009, p. 41.

¹⁰ CNJ. **Justiça em Números.** Brasília, 2017. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> Acesso em 08 set. 2018.

Está flexibilidade foi empregada em muitos segmentos do processo civil, isto para que se consiga dizer que o direito processual civil permite a realização de processos efetivos, ou seja, eficazes e eficientes. Para que isso ocorra, a demanda deve transcorrer da melhor maneira possível, de forma que seja vantajoso para todas as partes envolvidas e não necessariamente da maneira prevista.

Verificando essa premissa foi dada ao juiz a possibilidade de “dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, inc. VI, CPC 2015). Da mesma forma, o artigo 190 do mesmo texto que proporcionou as partes consideráveis poderes, permitindo que as mesmas, sob o controle do juiz e versando a causa sobre direitos que admitam a auto composição, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo as especificidades da causa.¹¹

A princípio, tais medidas podem parecer descabidas como meios de promover a celeridade processual, principalmente quando se lê a expressão “dilatar prazos processuais” no artigo 139, inc. VI, no entanto, a introdução expressa dessas inovações foram feitas para melhor gestão do processo, com vista de propiciar-lhe a otimização do rendimento e que tenha por fim a obtenção da efetividade do processo em atenção ao interesse público.¹²

Outrossim, em busca da efetividade da tutela jurisdicional, também foram concedidos amplos poderes ao magistrado para que pudesse empregar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, isto é o que demanda o inc. IV do art. 139 do CPC.

Esta determinação do Novo Código de Processo Civil, também causou estranheza não só por parte da doutrina que, passou anos exaltando o princípio da tipicidade dos meios executivos, como também a grande maioria dos Tribunais que tem sido extremamente cuidadosos com o assunto é a aplicação de meios executivos não previstos na legislação.

¹¹ ALVIM, Teresa Arruda; et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 p. 506.

¹² ALVIM, Op. cit., p. 507.

A partir dessa consideração inicial, será analisado por este trabalho, os caminhos que levaram a introdução de tais medidas, como a ruptura do formalismo e o advento da flexibilização no processo civil foram determinantes para que medidas não tipificadas fossem utilizadas para que houvesse eficiência no processo civil.

No entanto, acima de tudo, será verificado que a flexibilização não é absoluta. A exemplo da aplicação dos meios atípicos coercitivos para cumprimento de decisão judicial que tenham por objeto prestação pecuniária, restará demonstrado que os princípios fundamentais do direito processual devem ser preservados e que tais medidas não podem ser utilizadas se não com o objetivo exclusivo de atingir a eficácia do processo.

1. A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL: DO SISTEMA LIBERAL INDIVIDUALISTA PARA A ASCENSÃO DO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

De modo breve, cabe especificar neste trabalho por quais fases o processo civil brasileiro passou, a razão para uma transformação de tal dimensão no pensamento de juristas e estudiosos da matéria, bem como os impactos nos procedimentos da execução civil.

O Brasil foi colônia de Portugal e, como não poderia deixar de ser, na época colonial vigorava as Ordenações do Reino, vez que Brasil e Portugal formavam um Estado único. Mesmo após a independência, em 1822, o advento do Regulamento 737 sobreveio somente em 1850, no mesmo ano em que foi promulgado o Código Comercial. O Regulamento 737 é considerado o primeiro diploma processual brasileiro, sendo aplicado apenas nas questões comerciais, enquanto as cíveis permaneciam com o procedimento nos termos das Ordenações.¹³

Somente após a Proclamação da República as causas cíveis foram abarcadas pelo Regulamento 737 com algumas mudanças mínimas. No ano de 1981 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que teve como característica marcante, a distribuição de competência legislativa para os Estados federados.¹⁴

No art. 34 desta Carta Magna ficou estabelecido expressamente que o Congresso Nacional tinha competência para “23. legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal”¹⁵, enquanto os Estados federados poderiam promulgar seus próprios Códigos de Processo Civil, respondendo ao Regulamento 737, somente se assim não o fizessem.

Mesmo com essa possibilidade, os Códigos de Processo Civil estaduais foram aparecendo somente a partir de 1915, quando se promulgou o Código Processual da Bahia, seguido pelo o de Minas Gerais em 1916. O Estado de São Paulo foi um dos últimos Estados

¹³GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro** Vol. I 22 ed.. Saraiva: São Paulo, p. 91.

¹⁴ALVIM, Arruda, *et al.* (Coord.). **Execução Civil e Temas Afins – do CPC/1973 ao Novo CPC**: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 453.

¹⁵BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário do Congresso Nacional: 24/2/1891. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html> Acesso em: 07 set. 2018.

a promulgar seu Código de Processo, posto em vigor somente janeiro de 1930, um pouco antes da eclosão da Revolução de 1930, que teve por exigência da nação uma revisão geral das leis.¹⁶

Com o advento da Constituição de 1934, foi restabelecido o sistema da unidade processual para todo Brasil, tornando-se competente a União e supletivamente os Estados, a elaboração de leis civis e penais:

Assim, continuando em vigor os códigos estaduais até que se promulgasse o Código de Processo Civil para toda República, foi nomeada em obediência à Constituição, uma comissão com a incumbência de elaborar o projeto desse código, composta de Arthur Ribeiro e Carvalho Mourão, ministros do Supremo Tribunal Federal, e do notável jurista Levy Carneiro.¹⁷

Em que pese terem sido elencados renomados juristas para a comissão de elaboração do projeto, o momento histórico era extremamente conturbado. Em decorrência deste fato, em 1937, foi outorgada uma nova Constituição Federal, que manteve a unificação da legislação processual estabelecida anteriormente, tal como foi determinado em seu art. 16, XVI.¹⁸

Nesse contexto, no dia 18.09.1939, foi publicado o Dec. - lei 1.608, que instituiu o Primeiro Código de Processo Civil brasileiro. A intenção principal do Código de Processo Civil de 1939 foi de unir Governo ao povo, no entanto, contraditoriamente, as críticas ao código apontaram o autoritarismo que o orientava, consequência lógica da política autoritária da época. Desta maneira, discorreu Moacyr Amaral Santos sobre o Código de 1939:

O Código de 1939 tinha não poucas virtudes. Essas consistiam na adoção das doutrinas mais modernas, tomado o processo como instrumento do Estado no desempenho de sua função jurisdicional, e norteado pelos princípios da publicidade e oralidade – esta considerada o sistema compreensivo do juiz com as partes e os meios de prova, da identidade física do juiz no decorrer da lide – e, ainda, pela combinação do princípio dispositivo e do princípio do juiz ativo. Mas apresentava muitos e reconhecidos defeitos, especialmente no concernente aos processos especiais, aos recursos e à execução. Sem embargos de proclamar como um dos seus princípios informativos o da celeridade processual, e realmente estabelecia prazos curtos para a prática dos atos forenses, a verdade é que não conseguiu melhorar as condições da justiça brasileira. Pode-se dizer que

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

¹⁷ SANTOS, *Op. cit.*, p. 55.

¹⁸ ALVIM. *Ibid.*, 2014, p. 453.

o País atravessou uma grande crise, de processo e de justiça. Os processos se retardavam cada vez mais e se iam amontoando, sem solução, tanto no juízo de primeiro grau como nos Tribunais, muito particularmente no Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Cândido Rangel Dinamarco²⁰, com certa frequência cita em suas obras a chegada de Liebman no Brasil no ano de 1939 que caracteriza perfeitamente como era considerada a rigidez processual da época pelo professor italiano:

Quando chegou ao Brasil no ano de 1939, Liebman aqui encontrou uma cultura processualística muito diferente da sua – e estranhou. (...) Teve a impressão de estar de volta ao direito comum da Itália medieval, ao seu formalismo mais acentuado e a certos institutos ou técnicas que ali foram superados pelos séculos ou que em terras italianas jamais chegaram a impor-se.

O Código de 1973, apesar de ter sido desenvolvido em plena Ditadura Militar, não abandonou totalmente as concepções sociais e publicísticas do processo, buscando conciliar inovação e conservação. A ideologia que predominou foi a do século XX já utilizada na Europa, principalmente na Itália, valorizando construções conceituais tais como jurisdição, ação, processo, dentre outras.²¹

Ao contrario do Código de 1939, o Código de Processo Civil de 1973 foi produzido em ambiente de certa neutralidade científica, proporcionando a devida importância à técnica processual, dando margem para que autores apontassem a autonomia do direito processual civil, sendo bastante indiferente às necessidades sociais aparentes na realidade brasileira, caracterizando um individualismo típico do pensamento liberal, que, apesar de nunca ter sido efetivo no Brasil, algumas características sempre se mantiveram ao longo da história.²²

Após o Código de Processo Civil de 1939 ser veemente criticado, foi instalado um pensamento científico antes inexistente na legislação que caracterizou o pensamento jurídico-processual nacional até o advento do Código de Processo Civil de 2015. Entre algumas das mudanças estava o empenho no estudo da ação como instituto central do sistema, acompanhado da determinação dos pressupostos processuais como categoria autônoma e

¹⁹ SANTOS. Ibid., 2010. p. 56.

²⁰ DINAMARCO. Ibid., 2010, p. 33.

²¹ RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro**: do Código de 1939 ao Código de 1973. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf Acesso em: 09 set. 2018.

²² RAATZ; SANTANA, *Op. cit.*, p. 16.

distinta na qual não se incluem as condições da ação, além da afirmação do processo como relação jurídica entre seus sujeitos principais, dentre outras.²³

Como dito, o modelo do Estado Liberal, apesar de nunca ter se desenvolvido expressamente na legislação brasileira, deixou seus lastros no direito interno e no pensamento de alguns juristas. O Código Civil de Bevilacqua traçava a vida do indivíduo brasileiro de seu tempo, quando não havia preocupação alguma com questões de índole social, como trabalho e saúde, e, tampouco tratava de assuntos como meio-ambiente, consumidores, regulação de mercado.²⁴

Neste sentido, as coordenadas e as características sobrevieram de uma relação com o Código Civil considerado oitocentista. Assim, foram protegidos institutos que favoreciam apenas pequena parcela da população, sendo indiferente à realidade social que afligia grande parte da população. Isso fica evidente, diante das tutelas jurisdicionais diferenciadas conferidas aos fazendeiros (ações possessórias) e aos comerciantes (ações executivas fundadas em títulos de crédito).

Dessa forma, afirmou o autor Daniel Mitidiero (2010, p. 183):

O processo padrão para a tutela dos direitos no Código Buzaid é individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e apto tão somente a prestar uma tutela jurisdicional repressiva. É com o Código Buzaid que sentimos, em toda sua extensão, a força da invasão da cultura jurídica europeia sobre o processo civil brasileiro.

E ainda continua:

O individualismo do Código Buzaid é patente. Não tendo compromisso com questões de cunho social e metaindividuais, a que o Código Bevilacqua e o espírito dos oitocentos não acudiam, Alfredo Buzaid desenhou um sistema para a tutela dos direitos partindo do pressuposto da afirmação de um litígio entre duas pessoas em juízo, supondo-o ainda do tipo obrigacional, permitindo a máxima intervenção de terceiros, individualmente considerados, que se julguem com interesse jurídico, que se afirmem titulares de direito sobre a *res iudicium deducta* ou que apresente determinadas ligações com o direito posto em causa. (MITIDIERO, 2010, p. 185-186).

²³ DINAMARCO, *Ibid.*, 2009, p. 82.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código**. Revista de Processo Ano 35, n. 183, maio/2010, coord: Teresa Arruda Alvim Wambier São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 183.

Assim, não restam dúvidas de que o Código de Processo Civil de 1973 refletiu valores do direito liberal, principalmente no que se refere ao individualismo e a abstração do processo em relação ao direito material. Tal desprezo fica claro quando se nota que a união entre o processo de conhecimento e de execução é feita por uma sentença que nada diz no plano do direito substancial.

Nesta concepção, a pretensão de tutela do direito material exercida mediante a propositura da ação de conhecimento transforma-se de relação substancial para mera obrigação, retira da sentença qualquer vínculo com o direito material, na medida em que esta se caracteriza apenas por aplicar uma sanção executiva.

Além deste exemplo, o antigo Código não disfarçou preferência dada ao seus ideais patrimonialistas quando instituiu técnicas processuais específicas para a proteção da posse e da propriedade, enquanto que a realidade brasileira demandava atenção aos direitos que mais precisam de tutela inibitória ou preventiva como os direitos da personalidade.

Esse desprezo ao direito material favorece a burocratização da função jurisdicional e, conseqüentemente, contribui com a falha da efetividade do processo, uma vez que, o fato de o juiz não precisar se preocupar com o direito material, traduz que ele é um mero aplicador de fórmula, não agindo em favor das diferenças substanciais e das particularidades do caso concreto.²⁵

Como não poderia deixar de ser, a partir de 1992, o Código de Processo Civil de 1973 sofreu um grande número de alterações, mas apenas no sentido de agilizar a prestação jurisdicional, o que era necessário, mas não o suficiente para adequar o Código a situação prática forense. A partir desse momento, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 foi percebida uma necessidade de não só alterar conceitos anteriores, como também, dar uma nova visão a certos institutos processuais.

A democracia brasileira, na teoria, nunca permitiria que diferentes nuances da vida social fossem moldados pela vontade de uma minoria politicamente vitoriosa. Nos últimos anos, notou-se que o intuito dos legisladores de aplicar na prática a teoria.

No que concerne o Direito, tantas foram as leis durante os séculos, que refletiram apenas os ideários de um jurista renomado, ou então de uma classe privilegiada, muitas vezes

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; *et al.* **O Novo Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54-55.

destacando a impossibilidade de consenso acerca de questões sensíveis das relações públicas e privadas.²⁶

Diante desse cenário, sobreveio o pensamento contemporâneo sobre o processo, dominante entre todos os estudiosos. Isto porque, se verificou a necessidade de uma mudança, pois “o processo moderno, para que cumpra sua função social, deve ser estruturado de forma a dar concretude aos valores que transcendem os fins privados inerentes ao modelo clássico e constituem o núcleo da moralidade pública.”²⁷

Assim, a ideia central dos legisladores e juristas responsáveis pela elaboração do Novo Código de Processo Civil foi de encontrar alguma maneira de apaziguar comentários de que o Processo Civil Brasileiro era indiferente à realidade que o cercava. Por esta razão se optou por um modelo mais publicista de processo, em oposição ao sistema puramente individualista tão criticado na doutrina pátria, classificado por Daniel Mitidiero (2010, p. 183) como “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade”.

1.1. Reflexos do Estado Liberal no Direito Processual Civil Brasileiro

Durante décadas, mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 1973, doutrinadores discutiram a presença dos contextos do Estado Liberal no Poder Judiciário Brasileiro, o que o impediu de verdadeiramente transformar-se para acompanhar as constantes exigências sociais. Citou o jurista José Afonso da Silva, em junho de 1999 “encastelado no espírito individualista, continua um Poder passivo, à espera de que os sedentos de Justiça lhes mendigam a solução do seu caso.”²⁸

O modelo clássico do Estado Liberal que tinha por finalidade principal garantir a liberdade dos indivíduos foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. Como afirma Marinoni “a lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o objetivo era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal”, esse tratamento igualitário no ideal dos pensadores da época era que garantia a liberdade dos cidadãos.²⁹

²⁶ DIDIER, Fredie (Org.) **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ª ed., Salvador: JusPodivm, 2010, p. 9.

²⁷ DIDIER (Org.), *Op. cit.*, p. 10.

²⁸ DA SILVA, José Afonso. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 218, p 18, abr/jun. 1999.

²⁹ MARINONI, *Ibid.*, 2015, pág. 25.

A Independência Americana e a Revolução Francesa, que aconteceram em meados do século XVII, não foram determinantes somente pelo fim do absolutismo e a ascensão do iluminismo, mas também deixaram uma herança fundamental para o Direito. Pode-se dizer que o ocidente foi outro após esses dois movimentos, não somente em termos políticos, como também no jurídico.

Isto porque, o ideário constitucionalista que impregnou durante as várias fases da Revolução Francesa foi exportado para todo ocidente, a ponto de não mais – mesmo depois da Restauração da França e do resto da Europa – ser mais cabível um país sem uma Constituição.

30

Às vésperas da Revolução Francesa, a França era considerada um país agrário, se comparado à evolução industrial que outros países da Europa estavam vivendo, sendo que grande parcela da população trabalhava no campo. O capitalismo ainda estava tímido em uma sociedade ainda presa nas estruturas da Idade Média.

A sociedade era dividida em três estados: o clero, a nobreza e o restante da população eram divididos em subgrupos determinados pelo poder econômico, seus representantes iam desde a endinheirada burguesia, até humildes artesãos e a enorme massa rural. Esse terceiro estado, o único dos três estados que era contribuinte da nação representava a grande maioria da população.

Essa vasta maioria começou a ficar incomodada com as altas cobranças de impostos que se convertiam em privilégios para a nobreza e o clero. A situação financeira da França se agravou de tal forma que para o povo restou impossível ignorar os rumos políticos de seu país. No dia 14 de julho de 1789 houve a queda da Bastilha e pouco tempo depois, em razão dos desmandos do Rei Luís XVI, foi desencadeada tamanha reação popular que levou à queda da Monarquia Absolutista Francesa.

Essa breve introdução se fez necessária para contextualizar a grande preocupação que os constituintes da época tinham em garantir a liberdade do indivíduo, podendo o Estado intervir de maneira muito limitada. Guiados por uma nova corrente filosófica, o pensamento liberal pós Revolução Francesa, tem o indivíduo como ponto de partida, sendo ele a origem

³⁰ DE CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 6a ed., Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2008, p. 245.

do Direito e da ordem política legítima. Isso se atesta em trechos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 1: Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Art. 2: A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Evidentemente que a Declaração previu a cobrança de impostos, mas quis deixar claro para a população que a intervenção do Estado seria mínima, a colheita de impostos seria apenas para garantir os direitos naturais do homem através da força pública, para fruição de todos e, não para a utilidade particular do Estado³¹.

Esse cenário estabelecido, principalmente, pela alta burguesia, começou a ruir a partir do momento que os pensadores da época começaram a questionar sobre a participação popular no Estado por meio de voto³². Esse direito, que para nós pode parecer tão obvio, já foi motivo de muita discussão entre os defensores do Estado Liberal que se dividiram entre liberais radicais e liberais conservadores democratas.

O grande defensor do liberalismo radical, citado por Noberto Bobbio em sua obra “Liberalismo e Democracia” foi Alexis de Tocqueville que chegou a classificar o modelo democrático como a “A Tirania da Maioria”. O autor liberal radical argumentava que o estado democrático tende a desconsiderar o direito chave do estado liberal, que é o direito de liberdade do indivíduo, em nome do interesse coletivo.³³

Em oposição à Tocqueville, seu contemporâneo John Stuart Mill defendeu o Estado Liberal Democrata, pois considerou a democracia e, em particular, o governo popular (representativo), como um desenvolvimento natural e consequente dos princípios liberais conquistados. Essa visão de Mill reformou por toda Europa o Estado Liberal instalado na França.

A declaração de que o poder público deveria ser restringido frente aos direitos naturais do indivíduo foi um tanto quanto ridicularizada mais tarde, considerada sem base filosófica e

³¹ Art. 12: A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para a fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

³² BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 52.

³³ BOBBIO, *Op. cit.*, 2000, p. 60.

sem nenhuma eficácia prática. No entanto, independente dessas duas vertentes o Estado Liberal possui ideais, que apesar de muito criticados pela sua forma individualista de pensar, incabível negar que se não fosse o pensamento liberal, ainda estaríamos curvados diante da tirania religiosa que se manteve na Idade Média.

É um fato que o Estado Liberal aniquilou um modelo de Estado confessional para sua formação neutra, ou indiferente frente às crenças religiosas de seus indivíduos, assim como acabou com os privilégios e dos vínculos feudais e com a exigência de livre disposição dos bens e da liberdade de troca.³⁴ Em contrapartida, o aspecto do Estado Liberal que é exaltado até hoje, principalmente em um país como o Brasil que dá a devida importância para os direitos sociais, é a contraposição às diversas formas em que um Estado pode se tornar paternalista.

Na concepção de Emmanuel Kant, o Estado Liberal:

Não se preocupa nem com a salvação da alma, como faria um Estado confessional, nem com virtude como faria um Estado ético, nem com o bem-estar econômico, como faria o Estado assistencial, nem em geral com a felicidade de seus súditos, como faria um Estado inspirado no eudemonismo. O Estado liberal preocupa-se somente com uma coisa: colocar seus próprios cidadãos em condições, através da garantia da liberdade externa, de perseguir, segundo seu próprio pensamento, os fins religiosos, éticos, econômicos, eudemonístico, que melhor correspondem aos seus desejos.³⁵

Além de definir da maneira demonstrada o objetivo de cada Estado, Kant ainda fez duras críticas ao Estado Paternalista, pois para um liberal é demais pensar que o Estado se preocuparia com a saúde espiritual, moral e material de seus indivíduos. Dizia Kant sobre o Estado Paternal:

O governo não se assemelha em nada à autoridade paterna, que é a mais ilimitada de todas. O pai deve alimentar o filho e ganhar o pão em seu lugar. Cada súdito pode empreender por si mesmo os próprios interesses, e o povo é um menor somente em relação aos direitos recíprocos e às coisas do Estado. Nesse âmbito, quem governa não é pai, mas representante.³⁶

Kant, claramente, é conhecido como um dos grandes pensadores e exaltadores do Estado Liberal, provavelmente desagradaria o pensador saber de programas assistenciais

³⁴ BOBBIO, *Op. cit.*, 2000, p. 22.

³⁵ BOBBIO, Norberto Bobbio. **Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 4 ed. – Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 212-213.

³⁶ BOBBIO, *Op. cit.*, 1997, p. 222.

como o “Bolsa Família” e sobre o nosso Sistema Único de Saúde (SUS). O pensador faz duras críticas ao Estado com formas paternalistas e é usado frequentemente por estudiosos brasileiros que acreditam no seguinte ditado “não dê o peixe, ensine a pescar”.

Em que pese a luta de Kant para definir os aspectos positivos do Estado liberal, após a Primeira Guerra Mundial, já no século XX, o Estado ocidental torna-se de forma progressiva, um Estado intervencionista, sendo rebatizado de Estado Social. Já não se espera mais do Estado que deixe de interferir na esfera individual e privada das pessoas, e sim que o Estado torne-se instrumento da sociedade no intuito de combater a injustiça social e prestar serviços públicos à população.³⁷

No Brasil, a primeira Constituição de 1824 jamais permitiu a ascensão real do modelo liberal, mas tampouco se pode dizer que o Estado era verdadeiramente social, ao contrário, é possível afirmar que as leis atendiam aos interesses da burguesia industrial, sucessora dos senhores de escravos e dos exportadores de café. Enquanto a maioria dos países da Europa gritavam os princípios iluministas de liberdade, o Brasil se quedava a não sequer cogitar o fim da escravidão.³⁸

Já a Constituição de 1988, a “Constituição Cidadã”, institucionalizou alguns aspectos liberais-individuais, como a inviolabilidade do domicílio, a livre iniciativa, a garantia do direito à propriedade que em nada se sobrepõem ao princípio da supremacia do interesse público. Assim, a trajetória do Estado o levou de liberal, com funções mínimas, para o social, assumindo papéis que nos conduzam ao fim das desigualdades sociais. Já no final do século XX, assumiu caráter neoliberal, abdicando da intervenção econômica direta e focando na atividade regulatória.

Hoje o Estado, teoricamente, se preocupa com o bem-estar social. Não há no Estado Democrático de Direito o dualismo pregado pelo liberalismo que consiste em Estado de um lado e a sociedade de outro. Nas palavras de Luis Roberto Barroso “O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta.”³⁹

Tendo em vista que, ainda prevalecem discussões sobre aspectos positivos do liberalismo, o direito brasileiro ainda possui em sua concepção aspectos individualistas. Tais

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

³⁸ BARROSO, *Op. cit.*, p. 67.

³⁹ BARROSO, *Op. cit.*, p. 69.

aspectos são refutados por pensadores contemporâneos que se preocuparam em deixar claro o objetivo da legislação na pacificação social e a preocupação para que a letra da lei tenha correspondência com a realidade social do país.

Mesmo assim, ainda há uma proteção exacerbada do individualismo na legislação brasileira, como o instituto da propriedade privada. Nesse sentido, conservadores questionam o que a característica liberal da proteção da propriedade privada tem de negativo. Nota-se que, não há mal algum em proteger a propriedade privada, o problema é quando as proteções direcionadas aos direitos individuais ameaçam o interesse coletivo que é justamente o medo que os liberais radicais, guiados por Tocquélive, tinham e ainda têm: que a questão dos direitos individuais, como o da propriedade privada, sejam atingidos frente ao interesse coletivo.

Essa afirmação fica facilmente exemplificada diante do cenário atual de ameaça as terras indígenas e áreas protegidas que representam não só os direitos indígenas, como também os direitos humanos, de caráter coletivo e de preservação ambiental. Isto porque, a bancada ruralista, formada por congressistas que defendem a diminuição considerável ou o fim da demarcação de áreas protegidas como meio de proteção ao desenvolvimento econômico e aos direitos à propriedade privada, vêm avançando com projetos que claramente ignoram o interesse coletivo.

Essa realidade demonstra de forma evidente o desgaste do modelo de Estado como resposta às necessidades da população e as ameaças geradas pelas ondas conservadoras que busca de todas as formas institucionalizar retrocessos com ameaças a direitos coletivos, como forma de buscar o desenvolvimento econômico. Dessa forma, nosso Estado se afasta dos princípios do bem-estar social e se aproxima dos aspectos liberais que enxerga como abuso de poder as ações do Estado que limita direitos individuais.⁴⁰

No que diz respeito ao Processo Civil brasileiro, a herança liberal teve início no modo e no objetivo que foi feita a separação dos poderes. Para isso, importante trazer novamente os ensinamentos de Kant, pois o pensador acreditava que a separação dos poderes era o remédio

⁴⁰ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; TELES JÚNIOR, Adenevaldo. **Atual Genocídio Indígena:** Discurso da Bancada Ruralista e Enfrentamentos Cotidianos Contra o Retrocesso de Direitos Territoriais. In: Pluralismo Jurídico e Diferenças. CONPEDI. p. 27-28. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/4w2er8e7/t9MFNf9l6qDq8471.pdf> Acesso em: 24 set. 2018.

contra o arbítrio de quem detém a autoridade suprema no Estado, para proteger o indivíduo contra os eventuais abusos dos governantes.⁴¹

Na definição de Kant:

O poder legislativo é aquele que coloca a premissa maior (ou seja a norma jurídica geral e abstrata); o poder executivo coloca a premissa menor (ou seja, o preceito concreto de comportar-se segundo a norma geral; o poder judiciário deriva a conclusão de que é direito no caso controvertido.⁴²

Mais especificamente relacionado ao poder judicial, que é o que nos interessa, argumentava Montesquieu que no “governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadãos contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra, ou de sua vida.”⁴³

Observa-se então que, no pensamento liberal, o poder dos juízes era limitado a proferir a lei em cada caso concreto, um trabalho mecânico, sem margens para deliberações, nem que essas deliberações estejam fundadas em teoria solidificadas. Do poder judicial do magistrado não se esperava qualquer autonomia decisória, qualquer criação ou flexibilização do direito.

A teoria da interpretação que é conhecida por ser formalista ou cognitiva, se identifica com as características liberais clássicas, pois confere ao juiz somente a tarefa de afirmar as exatas palavras da lei. Para essa teoria a interpretação soa como conhecimento, se conhece a palavra da lei, apenas para descrevê-la. Neste sentido, o juiz atua sem qualquer discricionariedade, “de modo que a interpretação, enquanto produto é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade.”⁴⁴

Esse aspecto foi consideravelmente alterado pelo Novo Código de Processo Civil. Como será visto posteriormente, não se aprova mais entre os estudiosos contemporâneos do Processo Civil a rigidez do procedimento, visto que isso dificulta a aplicação da lei frente a uma comunidade de realidades tão distintas, sendo priorizada a busca pela efetividade frente às formas rígidas da lei.

⁴¹ BOBBIO, *Ibid.* 1997, p. 226

⁴² BOBBIO, *Op. cit.*, 1997, p. 227

⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad.: Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pag. 87.

⁴⁴ MARINONI, *Ibid.*, 2015. p. 26.

Mas não é por acaso que este modelo se perpetuou no Brasil – e ainda se encontram reflexos dele. Assim como acontece agora, naquela época, a existência de um judiciário nulo era interessante para a burguesia aristocrática que auxiliou no fim do absolutismo para depois ser dominante no Poder legislativo. O cuidado da classe burguesa em garantir seus direitos conquistados fez com que a ação de legislar ficasse presa em uma teia de leis e, dentro do cabível “cuidou de limitar a liberdade de movimento do juiz; diligente e desconfiadamente se lhe sequestrou o arbítrio”.⁴⁵

Ainda no Código de Processo Civil de 1973 a herança liberal que determinava um legislativo forte e um judiciário apático, seja pela inércia frente às questões que a letra da lei não se aplicava, seja pela falta, ou pela omissão no intuito de efetivar os interesses de uma burguesia dominante, se fez presente. O que aos olhos do Poder legislativo parecia ser justo, na realidade forense se traduziu em uma falta de empatia da legislação vigente diante dos problemas sociais.

A maneira individualista de pensar a teoria formalista ainda está presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação de algumas decisões, porém, felizmente, não resta dúvida de que esse posicionamento individualista é completamente rejeitado pelo pensamento contemporâneo processualista. Segundo Marinoni a teoria formalista “ainda que deva ser lembrada em suas implicações, não deve ser levada a sério quando se pretende individualizar a função de uma Corte que, no Estado contemporâneo, tem missão de definir o sentido da lei.” (MARINONI, 2015, p. 26).

Um dos fatores determinantes para a elaboração de um novo Código de Processo Civil foi a possibilidade de o magistrado flexibilizar procedimentos para que o objetivo da pacificação social seja feita de maneira mais efetiva. Afinal, o caráter liberal que foi amplamente criticado por sua conduta individualista se manifestava no Código de Processo Civil de 1973, sendo considerado um modelo processual “técnico-teórico, banhado em valores do liberalismo, sem nítida preocupação social”.⁴⁶

⁴⁵ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista** - Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 241-242.

⁴⁶ SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política do Brasil** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 38.

1.2. Os Rumos do Processo Civil Contemporâneo

A mutação do próprio ordenamento jurídico brasileiro exigiu uma mudança na postura dos processualistas brasileiros, vez que não cabia mais permanecer apático às problemáticas sociais no Brasil. Isto se fez mais presente depois da alteração da ordem Constitucional em 1988, pois a nova Carta Magna não só representou uma mudança política para o Brasil – a redemocratização do país - como também começou a se discutir a necessidade metodológica de o estudo do direito processual civil ter início na Constituição e do entendimento de que o processo civil, como ramo de direito público, não pode se esquivar de sua função estatal.⁴⁷

Como dito, a partir de 1992, o Código de Processo Civil de 1973 começou a sofrer mudanças significativas. Sendo assim, foi destacada a importância dos princípios Constitucionais, todos eles, não somente aqueles relacionados ao processo. O ramo do direito processual civil teve que se reinventar para atender tal demanda, sendo também responsável pela eficácia de princípios que antes pareciam estar fora do seu alcance como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Antes disso, não foram poucas as vezes que tais princípios foram diminuídos diante do excesso de formalidade do processo civil que era aplicado de forma literal, sem preocupação com sua eficácia.

Diante desta situação, o PL 8.406/2010 trouxe inovação que estimulou uma nova era na prestação jurisdicional brasileira, reflexo da mudança cultural que adveio com a Constituição de 1988, renegando a inobservância e a intransigência de que eram tratados os princípios fundamentais no direito processual civil em geral. O que só veio reafirmar o papel do Poder Judiciário de ser instrumento da eficácia dos objetivos da República, principalmente no que se refere o art. 3 da Carta Magna, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.⁴⁸

Durante décadas o Processo Civil foi visto como ramo autônomo, não subordinado a nenhum outro do direito, um meio sistemático com a finalidade de realizar o direito material de forma concreta nos casos de conflitos que precise de solução:

⁴⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual: Teoria Geral do Direito Processual Civil** – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

⁴⁸ DIDIER (Org.), *Ibid.*, 2013, p. 610.

É suficiente o destaque de que, nas suas origens, concebia-se o direito processual civil como um mero apêndice do próprio direito material (o direito substancial controvertido), assim, por exemplo, com as regras de direito civil, regentes das atividades de dois indivíduos. Os institutos do direito processual civil não encontravam, ainda, configuração própria, sendo tratados, muito mais, como reflexos ou desdobramentos necessários, usuais, das próprias regras de direito substancial. Esta primeira “fase”, usualmente denominada “sincrética”, ocupou a maior parte da história do direito processual civil.⁴⁹

Sem aprofundar demasiadamente nas chamadas “fases” do processo civil, importante destacar a fase autonomista, que serviu como trampolim para o pensamento contemporâneo. Ao longo do tempo foram traçados institutos fundamentais ao processo. Conceitos como “ação”, “processo” dentre outros, foram solidificados ao longo dos cem anos em que o processo civil foi chamado de autônomo.

No entanto, a importância dada aos conceitos foi tanta e os pensamentos de que o processo civil era um direito autônomo e imutável, acabou por conduzir o processo para algo muito distante de sua veracidade, muito distante do direito material. Tantos conceitos e formas dificultaram o exercício prático do processo civil.⁵⁰

Como mencionado, a guinada para o pensamento autônomo ocorreu com a “constitucionalização” do processo. No século XXI já não se via mais o processo como “coisa das partes, mas sim como “coisa pública”:

Os interesses privados continuam existindo. Por exemplo, parece bastante óbvio o interesse do autor e do réu (interesses privados, portanto) na sentença do juiz, especialmente em processos que envolvam bens particulares (busca e apreensão de carro, por exemplo). Se o autor obtiver uma sentença favorável, “ganhará” o bem da vida que almeja. No entanto, além dos evidentes interesses particulares envolvidos no processo, o Estado também tem interesse público na boa administração da justiça em geral. Cada processo instaurado contribui à paz social⁵¹

A base do pensamento contemporâneo é o equilíbrio entre “meio” e “fim”, e por muito se discutiu a instrumentalidade do processo, essa tese ainda é cabível, mas o pensamento

⁴⁹ BUENO, *Ibidem*, 2012, p. 110

⁵⁰ BUENO, *Op. cit.*, 2012, p.112.

⁵¹ FONSÊCA, Vitor. **Novas tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Org. Fredie Didier *et al.* 1ª, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 785

contemporâneo abrange o processo com um papel muito mais amplo. Um ponto determinante do pensamento contemporâneo, importante para este trabalho, o pensamento jurídico como todo e não apenas o do processo civil passa por uma alteração de organizacional que vem sendo chamada de “abertura da norma jurídica”.⁵²

De um ordenamento jurídico claramente “hermenêutico”, em que a “lei” deixava pouco espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito *criem a melhor solução para cada caso concreto*.⁵³

Em um primeiro momento, pode-se pensar que o fato de um aplicador do direito “criar” a solução para cada caso concreto seja um causador de insegurança jurídica, pois se a letra da lei não precisar ser literalmente aplicada, a sociedade não saberá que normas a rege. No entanto tal pensamento é mais do que natural em um tempo em que a legislação não consegue acompanhar os avanços da sociedade. Como exemplo, observa-se que ainda não há normas para todas as novidades tecnológicas que assolam os cidadãos todos os dias.

A população está se adaptando a muitas novidades antes pouco populares, como o conhecimento de moedas criptografadas e a existência de *blockchain*. Atualmente, é possível firmar um contrato com todos os requisitos preenchido através de *blockchain* que nada mais é que um “livro de registros” que armazena variados tipos de informações, como atividades comerciais, contratos entre outros.⁵⁴

A legislação pátria ainda não regula este tipo de atividade, no entanto diversos estabelecimentos já aceitam *bitcoins* como forma de pagamento, além de países como a Holanda já usarem *blockchain* em suas transações comerciais. Nesse cenário, não resta outra saída ao legislador a não ser “criar” ou adequar da melhor forma a lei para o caso concreto, veja bem que esse é apenas um exemplo entre vários que fazem parte da realidade brasileira.

Assim, “o desenvolvimento econômico com justiça social, somente se realiza em um ambiente onde o sistema jurídico é eficaz para reger todas as relações entre governos, cidadãos e setor produtivo, resolvendo os conflitos e organizando as relações sociais”. Com o crescimento da economia globalizada e, conseqüentemente, o crescimento de novas questões

⁵² BUENO, *Ibidem*, p. 121.

⁵³ BUENO, *Op. cit.*, p. 121.

⁵⁴ DINIZ, Eduardo. **Emerge uma nova tecnologia disruptiva**. GV Executivo, v. 16, n. 2, p. 50.

sociais, a funcionalidade do Poder Judiciário é fundamental para o desenvolvimento, redução da pobreza e, por fim, para o fortalecimento da democracia.⁵⁵

Essa flexibilidade tem que ser usada pelo Judiciário com cautela para que não haja a confusão entre os poderes, mas pode ser benéfica em diversos sentidos, sempre buscando o objetivo que a pacificação social.

⁵⁵ JAYME, Fernando Gonzaga. **Necessitamos de um Novo Código de Processo Civil?:** Processo Civil Novas e Tendências - Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 217.

2. O EXCESSO DE FORMALISMO EM CONTRAPARTIDA COM A FLEXIBILIZAÇÃO

Em uma realidade tão dinâmica e volátil parece que o termo “formalismo” e o respeito às formas represente algo arcaico, totalmente ultrapassado frente às mudanças cotidianas. No entanto, a flexibilização não pode ocorrer de forma aleatória, caso fosse dessa maneira o princípio constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica seriam seriamente desrespeitados.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira transcreve o formalismo como “forma em sentido amplo” não se confundindo com a forma do ato processual individualmente considerado e ainda:

Diz respeito à totalidade formal do processo compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. (...) O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando a previsibilidade a todo o procedimento.⁵⁶

O formalismo é necessário, pois sem a ordem dos atos que devem ser praticados em tempo e lugar específicos, o litígio se limitaria a uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo a arbitrariedade e a parcialidade do órgão jurisdicional, ou os interesses pessoais do adversário.⁵⁷ Ou seja, na busca pela efetividade do processo e da pacificação social o formalismo é um elemento necessário, não apenas para a efetividade, como também para a segurança do processo.

Contudo, como tudo, não pode ser vulnerável a excessos e exageros, pois cada processo, cada caso não pode ser tratado como uma fórmula matemática que busca sempre o mesmo resultado. Conscientes disso, processualistas aceitaram uma modificação do formalismo, contrariando os preceitos liberais que insistem em rondar o direito brasileiro e um Estado que se intitula “Social Democrático de Direito”.

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Leituras Complementares de Processo Civil** – Org. Fredie Didier 8 ed. Bahia: jus podivm, 2010, p. 149-150.

⁵⁷ OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 150.

Essa mudança sobre o pensamento no formalismo ocorreu de maneira visível. Estudiosos como Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que antes viam o formalismo como uma garantia primordial do devido processo legal, começaram a se preocupar com o excesso de formalismo e quais eram as prioridades dos cidadãos brasileiros quando o litígio era iniciado.

58

O foco passou a ser os fins do processo, de modo que, tal noção de objetivo se funde a ideia de quais valores que devem ser perseguidos e atingidos por meio do processo. “Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado a realização de justiça material e a paz social, por outro a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*)”⁵⁹

Assim, concluiu-se que todos os valores são importantes, mas ao contrário do que se pensa, eles não são colocados como iguais. Alguns valores são mais importantes do que outros, e isso decorre de uma sociedade que se acostumou com a agilidade das mudanças e as facilidades que as novas tecnologias trouxeram, sendo primordial para os sujeitos a efetividade da justiça como elemento essencial para a confiança no Judiciário.

Não são apenas os fatores descritos acima, mas vários fatores levam uma maior prevalência do valor efetividade frente ao da segurança jurídica. Um dos aspectos relevantes e que vem preocupando juristas, é a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário. Em uma comunidade difusa, com diferentes interesses, torna-se imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais.⁶⁰

Outro fator corresponde à negação dos ditames liberais, a adoção de princípios e o advento da Constituição. O excesso de formalismo no processo começou a ser visto como autoritarismo, o judiciário estava em prol do controle de agentes pelo centro do poder político, negando a participação democrática dos sujeitos de direito. Com a preceituação dos direitos fundamentais, foi introduzido um direito mais flexível, menos rígido que determina também a

⁵⁸ Para José Roberto dos Santos Bedaque “a mudança do formalismo está ligada a vários fatores: desenvolvimento da sociedade, crescimento do número e aumento da complexidade das relações comerciais e das lides. Esse quadro passa a ser incompatível com a visão excessivamente formal, assumindo maior importância o direito substancial, cujo sacrifício por razões ligadas exclusivamente à forma passa a ser inadmissível. Some-se a isso a concessão de maiores poderes ao juiz, que passa a assumir a direção efetiva do processo, substituindo as partes na prática de vários atos solenes previstos nas *legis actiones*.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª ed. 2010. p. 102.

⁵⁹ BEDAQUE, *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁰ BEDAQUE, *Op. cit.*, p. 156.

mudança do que consiste em segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico⁶¹:

Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto⁶².

A preocupação foi materializada quando se percebeu um culto à forma e a técnica que chegaram a sobrepor o direito substancial. Houve a necessidade de se encontrar um equilíbrio sensato do formalismo, uma vez que nem todas as previsões processuais são adequadas à solução de problemas reais. Como relatado acima a obtenção de resultados – efetividade do processo - não pode deixar de ser observado pelos agentes do direito, a forma não pode escravizar o magistrado e os sujeitos parciais do processo.

2.1. Poderes do Juiz e a Flexibilização

Como é de notório conhecimento:

O desenvolvimento dos atos processuais não é livre e espontâneo, senão regrado e organizado em preceitos predeterminados. São as normas de procedimento as que submetem a disciplina do processo, sinalizando os preceitos a utilizar, estabelecendo a ordem das atuações, medindo em unidades de tempo sua direção.⁶³

Neste contexto, antes de discorrer sobre a utilização de medidas executórias não tipificadas na legislação brasileira, importante destacar que a flexibilização do procedimento deve ocorrer sem perder de vista a previsibilidade e a segurança do sistema, principalmente no que consiste o poder do juiz.

Pois bem, mesmo em momento anterior ao Novo Código de Processo Civil, colocado os preceitos liberais de lado, o magistrado já possuía uma certa independência funcional. No entanto, como já afirmado, nem sempre foi este o pensamento dos processualistas, principalmente no Código de Processo Civil de 1939. Assim, em que pese a Constituição

⁶¹ BEDAQUE, *Op. cit.*, p. 157.

⁶² BEDAQUE, *Op. cit.*, p. 157.

⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual**, de acordo com as recentes reformas do CPC. (Col. Atlas de Processo Civil/coordenação Carlos Alberto Carmona) São Paulo: Atlas, 2008, p. 84.

Federal promover direitos sociais, a legislação, principalmente no Código de Processo Civil de 1939 e, também, o de 1973, tiveram reflexos do Estado Liberal, em especial no que condiz o os poderes e responsabilidades dos magistrados.

No Estado Liberal Clássico o qual preceitos como liberdade, fraternidade e igualdade eram primordiais, houve uma rígida delimitação dos poderes de intervenção, principalmente na esfera jurídica privada. Nas palavras de Montesquieu citado por Marinoni, a lei deveria ser “clarividente e cega”, ou seja, a lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas no sentido formal, pois este tratamento igualitário iria garantir a liberdade dos indivíduos.⁶⁴

Assim, o magistrado deveria apenas transmitir o que estava disposto na lei, sem liame para interpretações extensivas e estudos dos casos de acordo com a realidade social. O juiz, também conhecido pelos liberais como “*bouche de la loi*” – boca da lei - , representavam nada mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.⁶⁵

Assim, dessa descrição da figura do magistrado no Estado Liberal, sempre com uma função reservada, conclui-se que a sentença não era nada mais do que a declaração da lei. Tal sentença não permitia ao juiz atuar a não ser no plano normativo, objetivando somente afirmar a vontade da lei e do Estado – Legislador.

Por fim, para ilustrar bem o papel do juiz no Estado Liberal, que por muito tempo, refastelou-se no direito brasileiro, Marinoni retrata que:

A preocupação com o arbítrio do juiz não fez surgir apenas a ideia de que a sentença deveria se limitar a declarar a lei, mas também retirou do juiz o poder de *imperium*, ou de dar força executiva a suas às suas decisões. Aliás, diante da desconfiança do direito liberal em relação ao juiz posterior a Revolução Francesa, era natural a preocupação com a execução das decisões, pois esta poderia gerar maiores riscos do que a sentença “declaratória *lato sensu*”⁶⁶

⁶⁴ MARINONI, *Ibid.*, 21017, p. 29.

⁶⁵ MARINONI, *Op. cit.*, 2017, p. 30.

⁶⁶ MARINONI, *Op. cit.*, 2017, p. 31.

Essa desconfiança citada pelo autor se dava pelo fato de os juízes, durante o período da Monarquia, serem considerados aliados declarados da nobreza e do clero, sendo assim, de certo que a burguesia nutria uma desconfiança em relação aos juízes. Por esta razão, era interessante manter o Judiciário submisso e destituído de poderes de execução.

Como se sabe, o Estado Liberal não se manteve na França, que é hoje um dos países com ampla gama de direitos sociais, da mesma forma que o Brasil. No entanto, curioso pensar que, quanto mais a população se decepciona com os governantes, mais esses preceitos liberais voltam a rondar o imaginário do povo. Isto porque, as últimas reformas conferiu mais poderes não só ao Judiciário, mas também aniquilou a ideia de “Estado mínimo”. Contudo, algumas arbitrariedades e a crescente corrupção, trazem novamente a desconfiança entre os cidadãos, que, conseqüentemente, voltam a crer no Estado Liberal.

Independente deste novo cenário, o que se observou com as mencionadas reformas, foi um papel mais atuante do magistrado. Essa revolução começou com a doutrina e a jurisprudência que, diante dos casos de alta complexidade, verificaram que seria necessário uma atitude mais ativa dos magistrados. Afinal, em um país de desiguais, impossível tratar a todos como iguais.

Assim, no lugar do juiz mais inerte e passivo de outros tempos, viu-se a substituição por um juiz mais ativo, como compreendeu a doutrina, instituindo-o no direito brasileiro. Diferentemente do modelo liberal, antes mesmo do advento da Lei 13.105/2015, o juiz se converteu em um sujeito predominante da relação processual e como tal desenvolve atividades amplas e variadas, não só quanto ao ordenamento do processo como, ainda, no que toca a instituição do processo e a formação do material de convicção necessário para suas decisões.⁶⁷

Na verdade, pode-se afirmar que, no direito brasileiro, ao juiz é atribuído o poder de dirigir o processo por forma que assegure andamento rápido, mas desde que o faça sem prejuízo da defesa do interessado, atribuindo-lhe poderes de iniciativa, não só em relação à

⁶⁷ SANTOS, Ibid., 2010, p. 344.

colheita de provas, como também através da possibilidade de dilação de prazos e inversão do ônus da prova, bem como para empregar meios que efetivem a satisfação da condenação.⁶⁸

Importante reafirmar a importância das técnicas e forma que foram dados no Código de Processo Civil de 1939 e de 1973, entretanto, ao decorrer do tempo, essa importância foi diminuindo de modo que o processo foi sendo examinado sob a luz dos princípios maiores da economia e aproveitamento, ambos inspiradores da instrumentalidade das formas e da fungibilidade de meios.⁶⁹

Essa premissa inspirou e continua inspirando o comportamento dos sujeitos do processo. Vislumbrando-se que, ao contrario do pensavam os liberais, a mera alteração da legislação é insuficiente para conferir a efetividade ao processo. Para que essa premissa seja colocada em prática, necessária se faz a mudança de mentalidade de todos que se dedicam a solução de controvérsias.⁷⁰

Bedaque, ainda, afirma que o desafio é muito mais cultural e de organização do que propriamente legal. Para o autor “o essencial é que o processo seja mecanismo de justiça, meio para se chegar à tutela de direitos, não fonte de novos conflitos.”⁷¹ Não é por acaso que algumas das mudanças do novo CPC causou estranheza entre alguns estudiosos que, contrariamente, apontavam um cenário de possível arbitrariedade por parte dos magistrados.

O que não foi abrangido pelos conservadores foi que, é imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção da condução de um processo, para que o processo seja um instrumento de justiça e não meio de que se valem os inadimplentes que se utilizam das engessadas normas para protelar ainda mais a realização do direito.⁷² Por isso, principalmente do art. 139, do CPC⁷³ examina-se a simplificação da técnica para conduzir o processo de forma adequada, segundo o caso concreto.

⁶⁸ SANTOS, Op. cit., 2010, p. 344.

⁶⁹ BEDAQUE Ibid., 2010, p. 103.

⁷⁰ BEDAQUE Op. cit, 2010, p. 105.

⁷¹ BEDAQUE Op. cit, 2010, p. 105.

⁷² BEDAQUE Op. cit, 2010, p. 109.

⁷³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; 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; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos

Um exemplo claro desta flexibilidade é o inciso VI do mencionado artigo. Isto pois permite ao magistrado dilatar os atos processuais e alterar a ordem dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Obviamente que esta permissão não é absoluta, o magistrado, por exemplo, não pode dilatar prazos que já se exauriram, sob pena de violação do devido processo legal.⁷⁴

Outra inovação do artigo, a que interessa no presente trabalho, é o inciso IV que consagrou na legislação do princípio da atipicidade das formas executivas, que, mesmo não expressamente na lei já era autorizado pela doutrina pátria e a jurisprudência. Assim segundo o dispositivo legal, como consequência da figura mais passiva do magistrado, incube, agora, ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham como objeto prestação pecuniária.⁷⁵

Esta permissão de utilização de medidas executivas atípicas, de sub-rogação ou coercitivas, foram expressamente inseridas no Código de Processo Civil, pois podem ser úteis para amplificar a eficácia do direito, que é interesse primordial do diploma legal. E, ainda, importante ressaltar que, em que pese o tema ser já ter sido tratado com certa flexibilidade pela doutrina e pela maioria dos julgados, necessária se fez sua positivação, vez que ainda havia resistência de alguns Tribunais.

Por exemplo, segundo Daniel Neves, havia uma certa desconfiança do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicação de *astreintes* na obrigação de pagar quantia certa, ainda que o entendimento fosse criticado por parcela da doutrina.⁷⁶ Através da redação é possível concluir que esta “resistência” perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim,

processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

⁷⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil** – Lei 13.105/2015 – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 154.

⁷⁵ NEVES, Op.cit, 2015, p. 153.

⁷⁶ NEVES, Op.cit, 2015, p. 154.

o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação.

Neste mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara⁷⁷ para fundamentar a necessidade de expressa previsão legal aos poderes conferidos ao magistrado fez a seguinte analogia:

Parece que, *mutatis mutandis*, o que se tem aqui é questão análoga àquela outra clássica discussão consistente em saber se o poder geral da cautela, ou seja, o poder judicial de deferir medidas cautelares não expressamente previstas, depende ou não de lei. Assim como se deve considerar que o poder cautelar é inerente à função jurisdicional, penso que também o poder de efetivar as decisões é inerente a tal função estatal.

Logo, é inerente à função jurisdicional do Estado o poder, atribuído ao magistrado, de efetivar as decisões que profere, afinal, o poder de realizar executivamente os direitos, é inerente ao próprio conceito de jurisdição.⁷⁸

Isto por que, o Legislador não é onipotente, ou seja, não é capaz de prever todas as hipóteses, por esta razão foram afastados preceitos liberais dados mais poderes para o juiz. Tal medida reconhece que o Estado-juiz tem o condão de poder utilizar os meios executórios atípicos, pelo menos quando todas as medidas típicas já tiverem sido utilizadas e se revelarem meios inadequados para a satisfação do crédito.⁷⁹

Alias, sobre esse aspecto, chegou-se a conclusão do enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)⁸⁰, que ressalta a subsidiariedade das medidas atípicas na oportunidade em que as medidas anteriormente previstas se mostrarem eficazes, sempre com a observação do contraditório, é claro.

A grande discussão na implementação das medidas executivas atípicas, que será devidamente explorado neste trabalho, e a maior razão da desconfiança – resistência – dos

⁷⁷ ALVIM, *Op.cit.*, 2014, p. 16.

⁷⁸ ALVIM, *Op.cit.*, 2014, p. 17.

⁷⁹ ALVIM, *Op.cit.*, 2014, p. 17.

⁸⁰ A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas típicas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.

magistrados consiste na possível violação de direitos que essas medidas podem trazer, além de se mostrarem, em muitas vezes, inúteis a efetivação, ao resultado da demanda executiva.

Isso se diz por em muitos casos essa medida coercitiva pode impactar gravemente no patrimônio do executado, de modo que será dificultada não só a satisfação do crédito, como também colocará em risco a subsistência deste, se for pessoa física ou do capital de giro se for pessoa jurídica.

Assim, importante observar que os julgados mostram a preocupação dos magistrados com direitos de liberdade do indivíduo, o mesmo direito que os liberais estavam tão apreensivos em proteger que até aniquilaram com a possibilidade de discricionariedade dos juízes.

Contraditório ou não, certo é que o Legislador ao expressamente autorizar o magistrado a utilizar medidas executivas atípicas confiou que os princípios fundamentais preconizados na Constituição Federal seriam preservados pelo operadores do Direito, e que tais meios serão utilizados quando necessários, sempre buscando a eficácia das decisões judiciais.

3. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS COERCITIVOS ATÍPICOS

O que antes era o princípio da tipicidade dos meios executivos se moldou em princípio da atipicidade dos meios executivos. Como será tratado, essa mudança não aconteceu de repente, da noite para o dia, e muito menos em desrespeito a princípios fundamentais do processo civil.

Isto resta claro, pois este movimento da atipicidade dos meios executivos foi introduzido na realidade jurídica brasileira grande parte porque o objetivo da efetividade, eficiência e pacificação social se sobrepuseram aos excessos de formalismo, sendo tal flexibilização bem recepcionada.

Assim, o novo texto do Código de Processo Civil não excluiu, nem relativizou, mas sim reforçou e positivou a principiologia regente da tutela jurisdicional executiva. Aliás, a inovação do Capítulo I do Novo CPC, qual seja “*Das Normas Fundamentais do Processo*”, os princípios expressos funcionam como cânones orientadores, que servem de substrato e de diretrizes direcionadoras e impulsionadoras da melhor interpretação e aplicação jurídica.

3.1. O Princípio do Resultado

Como bem leciona Alexandre Câmara:

Eficácia, como consta de atualizado dicionário da língua portuguesa, é “capacidade de produzir o efeito desejado ou esperado”. Na linguagem do direito, falar em eficácia jurídica é falar em eficácia sobre “o conjunto das consequências (= efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, *posterius* em relação ao fato jurídico. Eficácia jurídica constitui decorrência específica e exclusiva de fato jurídico⁸¹.

Importante esclarecer que, a efetividade de um processo engloba uma demanda eficiente e eficaz, ou seja, para que um processo seja efetivo, precisa ser conduzido da melhor maneira e atingir seu objetivo final – seu resultado.

⁸¹ MELLO, Marco Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Eficácia, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

Partindo dessa consideração inicial, a contemporaneidade do processo civil trouxe para a Lei 13.105/2015 uma preocupação maior com a obtenção de resultados – a eficácia do processo, flexibilizando ainda mais as medidas que podem vir a ser tomadas pelo magistrado.

Em grande parte se verifica no artigo 139 do Código de Processo Civil, que delimita os poderes do juiz, dentre eles e um dos principais sinais da nova flexibilização é o inciso IV que especifica que o juiz pode “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 pecuniárias”.

O dispositivo pode ser novo, mas há tempos a doutrina e a jurisprudência vêm disciplinando sobre as medidas executivas atípicas como modo de perseguir o resultado no cumprimento de sentença e nas demandas executivas que não só é um dever do juiz de perseguir como também um princípio fundamental.

Primeiramente, cumpre lembrar que na busca pela tutela executiva o princípio do devido processo legal – fator que legitima a atividade estatal e fator de libertação do cidadão – ganha importante relevo, principalmente diante da sensibilidade que a situação jurídica requer. Verifica-se que na tutela jurisdicional executiva há, de um lado, o executado e de outro lado, o exequente, que tem o direito constitucional à obtenção da efetiva e justa tutela contra alguém que quer preservar ao máximo sua liberdade e patrimônio.⁸²

Para equilibrar a relação de poder e sujeição que tipificam claramente a tutela executiva há de se levar em conta não só princípios constitucionais como o do devido processo legal, como também princípios executórios como o do resultado. Assim, para haver resultado, deve haver a garantia de que o exequente terá seu crédito satisfeito, como também o executado seja preservado de ter seu patrimônio arrasado desnecessariamente após a realização das medidas executivas.⁸³

Neste contexto, evidencia-se a leitura do artigo 797 do Código de Processo Civil que preceitua que a execução se realizará no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o

⁸² ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 57-58.

⁸³ ABELHA, *Op. cit.*, p. 58.

direito de preferência sobre os bens penhorados. Com base no neste artigo é possível ter uma noção de que, preservados os direitos fundamentais do devedor, não se deve perder de vista que o objetivo principal é o resultado, ou seja, a execução só é bem sucedida quando entregue ao executado o objeto da prestação ou o direito reconhecido no provimento judicial.⁸⁴

Desta forma, o processo visa dar ao autor o resultado idêntico que ele teria caso o processo fosse desnecessário, assim nas palavras de Araken de Assis “dar a quem tem direito todo o direito que alcançaria sem o processo”⁸⁵, ao mesmo tempo em que o princípio do resultado também tutela o devedor, não admitindo, por exemplo, uma penhora inútil em seu nome.

Ainda, as reformas do processo civil trouxeram também a preocupação não só com o resultado final, mas também um resultado prático, como se verifica no dispositivo 536 do CPC que aceita no processo de execução, principalmente, nas prestações de fazer e não fazer.

Isto porque, a busca pelo resultado perfeito ao autor, que seria alcançado caso não fosse necessário o processo, nem sempre é possível, podendo se dar de duas formas: por conduta do próprio obrigado ou por mecanismos que possam substituir a sua conduta.

Tal previsão demonstra mais uma vez a ascensão da flexibilização procedimental, pois o referido dispositivo é claro ao dizer que o juiz tomará as medidas necessárias e adequadas para atingir um fim: a efetivação da tutela específica ou a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente.

Nesta seara, o mesmo se vislumbra na aplicação das medidas executórias atípicas, pois estas, muito mais do que sancionar o devedor, visam a efetividade do princípio do resultado e este devera ser útil e prático.

⁸⁴ ASSIS, Araken. **Cumprimento de sentença**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 29

⁸⁵ ASSIS, *Op. Cit.*, p. 29.

3.2. O Princípio da Vontade

O princípio da vontade nas palavras de Daniel Marques de Carvalho⁸⁶, significa que “o ordenamento jurídico precisa de mecanismo e previsões legais com o fito de influenciar no ânimo (vontade = componente subjetivo) do executado, a fim de compelir, forçar, encaminhar ou impulsionar ao cumprimento de sentença”.

Feita essa elucidação, resta claro que o princípio da vontade está ligado intimamente com os meios executivos atípicos, já que estes têm o mesmo objetivo de “compelir, forçar ou impulsionar” o cumprimento de uma ordem judicial.

Sendo o princípio da atipicidade dos meios executivos relativamente novos, o princípio da vontade é timidamente discorrido pela doutrina. Mas é possível encontrar exemplo de seu mandamento na legislação e a partir desses exemplos, averiguar melhor quais devem ser as intenções do magistrado ao aplicar as medidas coercitivas atípicas para a satisfação de um crédito pecuniário.

O primeiro exemplo que se verifica como forma de “influenciar” o executado a efetuar o pagamento consiste na multa automática de 10% prevista no art. 495 do Novo Código de Processo Civil caso o executado não realize o pagamento no prazo determinado de 10 dias depois da determinação judicial.

Contudo, como era de se esperar no Novo CPC, essa regra não é absoluta. Assim, no dispositivo 496 do CPC são encontradas exceções a aplicação da multa do art. 495 que, devem ser expostas de maneira fundamentada e discriminada, dessa forma será protegido não só o direito de contraditório do executado, como também do exequente se, por um acaso, este estiver fazendo uma cobrança indevida.

Outro parâmetro legal a ser observado, trata-se de verdadeiro incentivo ao executado, qual seja a hipótese prevista no art. 752, §1º, do novo CPC, a qual prescreve a possibilidade de efetuar o pagamento integral do débito objeto de execução de título extrajudicial, no prazo de 3 dias, para que a verba honorária seja reduzida pela metade.⁸⁷

⁸⁶ ALVIM, *Ibid.*, 2014, p. 179.

⁸⁷ CAMARGO. *Ibid.*, p. 179.

Mais um exemplo previsto pelo novo CPC para impulsionar a vontade do executado e como medida ensejadora de maior concretude e eficácia à tutela executiva, vem do art. 837 do mencionado diploma legal. Este dispositivo estabelece que no prazo dos embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% do valor em execução, poderá o executado requerer lhe seja permitido pagar o restante até 6 parcelas mensais, acrescida de correção monetária de 1% e juros de mora.

Por fim, como último exemplo, tem-se a multas cominatórias (*astreintes*) uma medida coercitiva, no entanto prevista pelo CPC, sendo dessa forma típica.⁸⁸ As multas cominatórias, no início, não foram bem recebidas pelos processualistas, pois soava mais como uma punição ao executado do que uma medida que buscava a efetividade da tutela jurisdicional.

No entanto, com o passar do tempo, colocadas em práticas, foi observada que a coerção exercida por meio da multa pode sim incentivar, ou mesmo influenciar o devedor a efetuar seu débito e/ou cumprir com a ordem judicial. Assim, sendo utilizada visando a efetividade da tutela, todas as medidas previstas e não previstas para impulsionar a vontade do executado são legítimas.

3.3. O Princípio da (A)Tipicidade dos Meios Executivos

Conforme foi afirmado anteriormente, antes mesmo da posituação do princípio da atipicidade dos meios executivos, grande parte da jurisprudência e a doutrina majoritária já discorriam sobre o dever do magistrado de perseguir a efetividade das sentenças condenatórias, podendo se utilizar de meios não tipificados, obviamente que sendo respeitado o devido processo legal.

No entanto, parcela minoritária da doutrina rechaçava a ideia de meios atípicos, fundados na justificativa nobre, porém limitada, do direito liberal da liberdade. Afirma-se que a justificativa era nobre, pois a liberdade é um direito inerente do indivíduo, mas limitada, pois não vislumbrava nada além do direito do executado, nem se pensava que garantindo a liberdade de uma das partes, poderia estar cerceando a liberdade da outra parte.

⁸⁸ CAMARGO. *Op. Cit.*, p. 179.

Calcado na preocupação do “Estado-Liberal Clássico”, o autor Luiz Guilherme Marinoni, discorreu em sua obra “Técnica Processual e Tutela do Direito” sobre a necessidade do princípio da tipicidade dos meios executivos como garantia da liberdade e da segurança. Ou seja, em 2010, ano em que a terceira edição da obra foi publicada, 22 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, parte da doutrina ainda ressaltava e apoiava o modelo clássico liberal presente nos atos jurisdicionais.

Afirmou então o mencionado doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 34-35):

Se a sentença condenatória é ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz de trabalhar com qualquer outro meio executivo, controlando-se, dessa forma, a sua possibilidade de arbítrio. Na mesma direção, deixando-se claro que a esfera jurídica do réu, no caso de condenação, não pode ser invadida por meio executivo não previsto em lei, garante-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão. Essa segurança seria derivada da certeza do direito, ou da garantia de que somente poderiam ser utilizados os meios executivos tipificados em lei.

Ainda, finalizou sua argumentação citando os ilustríssimos Chiovenda e Denti:

Nessa ocasião, Denti lembrou que Chiovenda, em uma das suas mais famosas conferências, não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara “a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais

Entretanto, com todo respeito que se deve aos respeitáveis doutrinadores mencionados, como afirmou Candido Rangel Dinamarco⁸⁹ ao lecionar sobre “direito formal, sem formalismo”, “as exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a fins: o que realmente substancialmente importa é o resultado obtido e não tanto a regularidade no emprego dos meios”.

Assim, aproveitando a citação transcrita acima, ressalta-se novamente que, o modelo clássico liberal em nada combina com o intuito do Novo Código de Processo Civil, nem com o pensamento de priorizar a efetividade diante das formas. É claro que o direito a liberdade e a segurança jurídica devem ser preservados, mas a flexibilização das normas não impede a concretização desses direitos.

⁸⁹ DINAMARCO, Ibid., 2009, p. 41.

Ora, o protecionismo exacerbado dos preceitos liberais, provocou uma generalizada ineficiência da execução. Isto porque, sendo o ato executivo responsável a atribuir, na prática, ao titular de um direito, aquilo que ele tem o direito de receber, não é só fundamental como também natural que a execução seja eficiente, só assim haverá verdadeira eficácia no processo civil como um todo.⁹⁰

Mais do que isso, importante retratar que a latente ineficiência da execução em geral esteve sempre ligada a uma superproteção do devedor. Segundo Alexandre Câmara⁹¹, o executado sempre foi e, mesmo depois da mudança, ainda é tratado como um “coitado”, o que leva à situação em que a execução não se desenvolve de maneira adequada a cumprir seu objetivo de realização do direito do credor.

Diante dessa inquestionável realidade, o que antes era o princípio da tipicidade dos meios executivos cedeu espaço ao chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade.⁹²

Há um sério conflito entre esses dois princípios – o da atipicidade e o da tipicidade – dos meios executivos, mas independente das mudanças na legislação, há preceitos que nunca se alteram pois:

a prevalência dos interesses do exequente, sabe-se, não deve esquecer os interesses atendíveis do executado, razão pela qual no campo da execução envolve uma tensão entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de um lado, e o direito fundamental à ampla defesa – e também à segurança jurídica –, de outro.⁹³

Importante ressaltar ainda, que a aplicação de meios atípicos para execução não indica, necessariamente, violação do direito à liberdade do indivíduo e afronta a segurança jurídica, isto porque, como será tratado adiante, tais medidas devem ter aplicação sempre em respeito aos princípios fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade e racionalidade.

Portanto, o juiz no caso concreto de acordo com as necessidades devidamente constatadas, pode e deve criar os meios executivos mais adequados para a realização concreta

⁹⁰ ALVIM, *Ibid.*, 2014, p. 15.

⁹¹ ALVIM, *Op. cit.*, 2014, p. 15

⁹² DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 5, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 100.

⁹³ ALVIM, *Ibid.*, 2014, p. 165.

do direito reconhecido no título, sempre a partir de um referencial estabelecido pela lei processual civil.⁹⁴

Diante dos argumentos acima expostos e da mudança de prioridades do Código de Processo Civil, o próprio doutrinador Luiz Guilherme Marinoni⁹⁵ na oportunidade que teve de transcorrer novamente sobre o tema, destacou a alteração não só da legislação, como também da relação do Estado com os cidadãos, o que influenciou na mudança de princípio da tipicidade dos meios executivos para princípio da atipicidade dos meios executivos, sem que isso signifique a violação da liberdade:

Logicamente, os sistemas típicos relacionam-se à contenção do poder judicial. Supõem que essa relação necessária protege a esfera de liberdade do cidadão contra a possibilidade de arbítrio do Estado. De fato, ao fixar a ideia de que a esfera jurídica do devedor apenas pode ser invadida mediante os meios de execução previamente definidos pelo legislador, essa técnica limita a atuação do Estado, em prol da preservação da liberdade individual. Todavia, diante da transformação do Estado – que de inimigo público passou a ser visto como alguém que, colocando-se ao lado do cidadão, deve zelar pela proteção dos seus direitos –, e, por consequência, da necessidade de se dar tutela efetiva aos direitos, o legislador rompeu, ao menos em parte, com o engessamento do poder executivo do juiz, dando-lhe a mobilidade necessária para prestar tutela efetiva aos direitos.

Assim, houve alteração não só da legislação, como também da relação do Estado com os cidadãos, o que influenciou diretamente na mudança do princípio da tipicidade dos meios executivos para princípio da atipicidade dos meios executivos. Lembrando somente que, este fato não significa em nenhuma hipótese violação da liberdade.

3.4. O Princípio da Proporcionalidade

Sem dúvida, os avanços da flexibilização no Novo Código de Processo Civil trouxeram uma série de vantagens, já que a efetividade do litígio, teoricamente, não pode ser impedida por questões meramente formais. No entanto, para haver efetividade, a medida empregada não deve desrespeitar a harmonia do processo, ou seja, deve exigir uma relação adequada entre o meio e o fim perseguido, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os princípios fundamentais.

⁹⁴ BUENO, *Ibid.*, 2012, p. 55.

⁹⁵ MARINONI, *Ibid.*, 2017, p. 375.

Neste contexto, verifica-se que o princípio da proporcionalidade é mais do que um princípio a ser imposto entre todos os envolvidos na relação processual, mas sim um preceito que auxilia a autoridade judicial e, também, as partes a decidirem sobre a medida mais adequada e razoável para resolver a questão.

Assim, para Ada Pellegrini Grinover⁹⁶, o princípio da proporcionalidade “significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”. Para melhor conceituar o mencionado princípio, a doutrinadora citou os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁷ que sustentava que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípio constitutivos:

a) princípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), que impõe a medida adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõe a ideia de menor desvantagem possível do cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), importando na justa medida entre os meios e o fim.

98

No que consiste o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁹ instrui o seguinte:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (sic), entendido como princípio da ‘justa medida’. Meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo (sic) de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Dessa forma, vê-se que o princípio da proporcionalidade-razoabilidade é intimamente ligado à aplicação dos meios coercitivos atípicos, vez que o magistrado deve

⁹⁶ GRINNOVER, Ada Pellegrini Grinover. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 118.

⁹⁷ CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, pp. 264-265.

⁹⁸ GRINNOVER, *Op. cit.*, 2009, p. 118.

⁹⁹ CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** apud GRINNOVER, Ada Pellegrini. **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 118-119.

fazer esse “juízo de ponderação” para definir se é razoável ou não utilizar tais medidas não tipificadas na lei.

Como o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi tipificado na Constituição Federal de 1988, esses conceitos, ou subprincípios já se aplicavam no Código de Processo Civil 1973, por exemplo, no primeiro caso – do princípio da conformidade ou adequação - verifica-se no art. 620 do antigo CPC essa regra que, também foi repetida no art. 805 do CPC de 2015¹⁰⁰, segundo o qual o juiz deve escolher o meio de execução menos gravoso para o executado quando por vários meios o credor puder promover a execução.¹⁰¹

Ampliando os meios executórios, a adequação também ganhou lugar de destaque no Novo CPC, deixando de ser um princípio constitucional distante para reger diversas situações previstas e ocupar um lugar de destaque na Lei 13.105/2015, entre elas, a utilização das medidas executórias atípicas.

Assim como o subprincípio da necessidade, que impõe a ideia da mínima intervenção estatal na vida das pessoas, ou seja, ainda nas palavras de Canotilho¹⁰² “coloca tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar (sic) outro meio menos oneroso para o cidadão.”

Logo, como será visto nesse trabalho, o princípio da proporcionalidade esta intimamente ligado com a aplicação das medidas executivas atípicas, vez que o magistrado para ponderar a utilização de tais medidas deve antes passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade-razoabilidade, observando se o meio a ser aplicado se mostra adequado e necessário para a efetiva solução do litígio.

¹⁰⁰ No novo CPC, a regra foi repetida, mas com uma novidade em seu parágrafo único: compete ao executado demonstrar que há meios menos gravosos do que aqueles que estão sendo utilizados.

¹⁰¹ BONICIO, Marcelo José Magalhães Bonicio. **Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31.

¹⁰² CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição apud GRINNOVER, Ada Pellegrini. **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 118-119.

4. A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO: DO INADIMPLEMENTO AOS MEIOS COERCITIVOS PARA GARANTIR AS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS

Como bem leciona Cândido Rangel Dinamarco:

*Executar é dar efetividade e execução é efetivação. A execução forçada, a ser realizada por obra dos juízes e com vista a produzir a satisfação de um direito, tem lugar quando esse resultado prático não é realizado espontaneamente por aquele que em primeiro lugar deveria fazê-lo, ou seja, pelo obrigado. Diante da situação, que o Código de Processo Civil denomina inadimplemento (...), ao sujeito que falhou em seu dever de adimplir o sistema processual endereça uma sanção muito específica, que é a sanção executiva.*¹⁰³

Continuando, o respeitado doutrinador discorre sobre o que define a sanção executiva, consistindo na imposição de medidas que, com ou sem o concurso da vontade do obrigado, podem produzir o resultado que o devedor não quis cumprir, a saber, a satisfação do direito do credor.¹⁰⁴

No entanto, antes de falar em execução é preciso que seja verificada a exigibilidade do crédito, pois, “em termos rigorosamente processuais a exigibilidade do crédito integra o requisito do legítimo interesse processual à execução, considerada essa condição como a vertente da necessidade da tutela jurisdicional.”¹⁰⁵

O momento em que o crédito é exigível, se verifica a partir do instante em que há falta de adimplemento por parte do executado, ou seja, quando há inadimplemento – conceito absoluto para designar a ausência de cumprimento de uma obrigação acompanhada da definitiva impossibilidade de cumpri-la ou da inutilidade da prestação, decorrente do fato de não haver sido cumprida no momento ou prazo estabelecido.¹⁰⁶

¹⁰³ DINAMARCO, *Ibid.*, 2009, p. 31.

¹⁰⁴ DINAMARCO, *Op. cit.*, 2009, p. 31.

¹⁰⁵ DINAMARCO, *Op. cit.*, 2009, p. 189.

¹⁰⁶ DINAMARCO, *Op. cit.*, 2009, p. 184.

Pois bem, o modelo de execução civil brasileiro se distingue entre a possibilidade de um processo autônomo e aos modos pelos quais se busca a satisfação do direito do credor – meios de sub-rogação ou meios de coerção.¹⁰⁷

Na sub-rogação, o Estado atua ativamente, como substituto do devedor, buscando dar satisfação ao crédito, sem ou contra sua vontade, tentar o cumprimento da obrigação ou algo equivalente. Neste contexto, o Estado pode apreender coisa devida e entregá-la ao credor, por exemplo, na execução por coisa certa, obrigá-lo a cumprir determinado contrato antes inadimplido pelo executado (execução de obrigação de fazer), ou ainda, alienar o bem penhorado e apurar o dinheiro para solver a dívida (execução por quantia certa).¹⁰⁸

Tecnicamente e tradicionalmente, o conceito de execução forçada no processo civil deve ser reservado para exprimir o fenômeno da atuação da sanção por emprego dos meios de sub-rogação. Assim, a execução forçada é apenas a intromissão coercitiva na esfera jurídica do executado com o intuito de obter um resultado, uma eficiência jurídica ou real, a cuja produção esteja ele obrigado ou pelo qual responda.¹⁰⁹

Se diz tradicionalmente, pois o meio de sub-rogação era o único bem aceito para obter a satisfação do crédito pecuniário – isto por força do princípio da tipicidade dos meios executivos – no entanto, como dito, com o advento do artigo 139, IV do Novo Código de Processo Civil, restou autorizadas medidas coercitivas nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

As medidas coercitivas, também buscam pela satisfação do crédito, mas, ao invés do Estado substituir o executado como ocorre na sub-rogação, estas medidas consistem em pressões sobre a vontade do obrigado, para que sua obrigação seja cumprida:

Mediante elas o Estado-juiz procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento. Trata-se, por esse aspecto, de verdadeira *coações*, no sentido em que esse vocábulo é empregado na lei civil, porque infundem no espírito do obrigado o fundado temor de um insuportável, ou a menos muito indesejável, agravamento (CC, art. 151); como ocorre todas as vezes em que alguém decide sob pressões

¹⁰⁷ DINAMARCO, *Op. cit.*, p. 51

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, *Ibid.*, 2014, p. 71.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, *Ibid.*, p. 72.

dessa ordem, a decisão de pagar não se forma de modo inteiramente livre, porque a verdadeira vontade era não pagar.¹¹⁰

A verdade é que essa medida somente era utilizada para “pressionar” principalmente nas execuções de obrigação de fazer e não fazer, quando o juiz era autorizado a usar as medidas sub-rogatórias e, também, as medidas coercitivas.

Dentre os meios coercitivos, a mais ordinária, ou a mais aplicada e a conhecida é a multa (*astreintes*), que já foi ponderada pelo legislador como medida apta, necessária e proporcional para alcance de seu fim. Isto se verifica, pois, mesmo antes do advento do mencionado artigo, também na execução de quantia certa a multa de 10% já era aplicada quando o intimado, devidamente intimado, não procedia com o pagamento, como um poderoso instrumento de pressão psicológica.¹¹¹

A exemplo das multas que são caracteristicamente coercitivas, ou seja, medidas necessárias autorizadas pelo legislador como meios de induzir o obrigado ao adimplemento das obrigações específicas, Cândido Rangel Dinamarco lecionou a forma como elas atuam:

Elas atuam no sistema mediante o agravamento da situação do obrigado renitente, onerando-o mais e mais a cada hora que passa, ou a cada dia, mês ou ano, ou cada ato indevido que ele venha a repetir, ou mesmo quando com um só ato ele descumprir irremediavelmente o comando judicial – sempre com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo¹¹²

Partindo da ideia de que a medida coercitiva tem o objetivo de criar a “consciência” do dever de cumprir a obrigação, importante afirmar que a multa, nem nenhuma medida coercitiva típica, ou atípica, tem o intuito de castigar o devedor. Essas medidas também não tem o caráter repressivo, isto porque, as medidas coercitivas vislumbram a promoção da efetividade dos direitos, sem ter o objetivo de punir o executado.¹¹³

No entanto, tendo em destaque que o objetivo maior é o resultado – a efetivação da tutela – o grande desafio na aplicação das medidas coercitivas atípicas nas execuções de

¹¹⁰ DINAMARCO, *Ibid.*, 2009, p. 51.

¹¹¹ DINAMARCO. *Op. Cit.*, p. 53.

¹¹² DINAMARCO. *Op. Cit.*, p. 535.

¹¹³ DINAMARCO. *Op. Cit.*, p. 538.

obrigação por quantia certa, sem dúvidas é utilizá-las sem que essas medidas se tornem punitivas ou restritivas. Esse tem sido o argumento utilizado reiteradamente pelos magistrados ao proferirem o indeferimento ao pedido de aplicação dessas medidas.

Afinal, no caso de um devedor que inadimpliu sua obrigação pecuniária por claras dificuldades financeiras, qual a efetividade de suspender sua carteira de motorista, se este ato não irá resultar na satisfação do crédito?

A resposta é simples: a medida coercitiva não trará nenhuma efetividade a tutela, então não é adequada, muito menos necessária. A medida coercitiva neste caso, somente tem o efeito de punir e constranger o devedor, violando inclusive princípios fundamentais como o da execução menos onerosa ao devedor.

Desta forma, é evidente que para uso de medidas que não estão tipificadas na legislação, o magistrado, deve corresponder às expectativas não só dos estudiosos de processo, como também da população, que confia plenamente na capacitação dos juízes e com o dobro de cuidado verificar de caso a caso quais medidas seriam adequadas e necessárias para que o haja a efetivação da obrigação, ou seja, o pagamento do débito pecuniário.

5. AS MEDIDAS COERCITIVAS COMO BUSCA DA EFETIVIDADE

Como tratado anteriormente, as medidas coercitivas nas execuções de obrigação pecuniária se originaram com o fundamento de empregar a efetividade da decisão judicial. No entanto, desde que entraram em vigor, em março de 2016, nota-se um conflito e uma grande polêmica na sua aplicação. Adianta-se que isso se deve a princípios, como o da dignidade da pessoa humana, o da menor onerosidade ao devedor e, principalmente, ao direito de ir e vir de todo cidadão.

Ainda que esses direitos devem prevalecer e isso não se discute. O que se questiona é qual o sentido de uma pessoa que é notoriamente devedora de uma grande quantia, fazer constantes viagens de turismo ao exterior e se, na hipótese de ter seu passaporte cassado, como se estaria onerando demasiadamente um executado que supostamente já não pode fazer viagens internacionais por dificuldades financeiras.

A resposta não é simples e demanda uma análise profunda do caso pelo magistrado. E, através das decisões se verifica que, principalmente os Tribunais estão tomando uma postura cautelosa quando o tema é a utilização das medidas coercitivas atípicas.

O exemplo da apreensão do passaporte e da suspensão da carteira de motorista merecem ser comentados e analisados em razão da polêmica que as ordens judiciais vêm causando. Afinal, os magistrados ao se depararem com o pedido do exequente para que as medidas coercitivas atípicas sejam aplicadas neste teor, questionam se a finalidade do requerimento é a satisfação do crédito ou a punição do executado.

A respeito disso, conforme mencionado anteriormente, o juiz tem que avaliar o interesse da questão, se a aplicação da medida irá ou não perseguir a efetividade. Fredie Didier¹¹⁴, ao analisar a questão trouxe o seguinte exemplo:

Se uma indústria é demandada para que faça cessar a produção de determinado insumo, porque potencialmente nocivo ao meio ambiente, pode-se pensar em medida executiva que igualmente atenda à finalidade almejada (proteção ambiental), determinando-se a instalação de equipamentos de prevenção e segurança, com manutenção da atividade

¹¹⁴ DIDIER, *Ibid.*, 2017, p. 115.

industrial e de tudo que está associado a essa atividade (manutenção de empregos, pagamentos de tributos etc.). Está-se atendendo à finalidade buscada, mas no limite do necessário e do que impõe a conciliação dos interesses em jogo (meio ambiente equilibrado vs. manutenção da atividade econômica, geração de empregos e renda, pagamentos de tributos etc.)

Claro que o exemplo acima não se trata de uma obrigação pecuniária como o foco proposto no presente trabalho, entretanto, a dinâmica aplicada deve ser exatamente a mesma, devendo haver a imposição da conciliação dos interesses em jogo, tal como leciona o respeitado doutrinador.

Ainda, neste sentido, cumpre ressaltar que, antes que essas medidas sejam cogitadas pelas partes e pelos magistrados, os meios executórios tipificados devem ter se esgotado, de modo que não haja outra solução para buscar a eficácia do processo que não as medidas atípicas.

Vista a inovação da legislação, o tema foi tratado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), durante a realização do Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil em agosto de 2015, sendo aclarado o uso dessas medidas com o objetivo exclusivo de dar efetividade da tutela jurisdicional:

Enunciado 48, EFAM. O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.¹¹⁵

Da mesma forma, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (em março/2017), por meio dos enunciados n. 12 e n. 396, delimitaram a utilização desses meios, para que antes de utilizados estivessem esgotadas todas as medidas executivas já previstas na legislação:

Enunciado 12, FPPC. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária

¹¹⁵ ENFAM. **Seminário:** O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf> Acesso em: 09 set. 2018

às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II¹¹⁶.

Enunciado 396, FPPC. (art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. (Grupo Poderes do juiz)¹¹⁷

Outrossim, como foi bem representado, principalmente pelos doutrinadores Fredie Didier e Luiz Guilherme Marinoni, a doutrina vem discorrendo sobre o tema para que a inovação não ultrapasse os limites da proporcionalidade e que não seja aplicada com escopo diverso do que lhe foi dado. Acerca das razões da utilização do modelo de atipicidade das medidas executivas, José Miguel Garcia Medina¹¹⁸ preceitua:

O modelo baseado na tipicidade das medidas executivas tende a alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos. Nesses caso, é até mesmo conveniente a previsão de medidas similares para os casos em que problemas parecidos se reproduzem, a fim de que se observe em relação àqueles que estejam em uma mesma situação de direito material um procedimento também similar. Quando, porém, o modelo típico de medidas executivas mostra-se insuficiente, faz-se necessário realizar-se um ajuste tendente a especificar o procedimento, ajustando-o ao problema a ser resolvido. Para tanto é de todo conveniente que o sistema preveja um modelo atípico ou flexível de medidas executivas.

Assim, tendo essas premissas como base, os Tribunais passaram a decidir sobre a adequação deste modelo nos casos concretos. A título de exemplo, tem-se a decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, disponibilizada no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça em Justiça em agosto de 2018.¹¹⁹

Na decisão do Habeas Corpus nº 443.348 – SP (2018/0073134-9), respeitado Ministro desenvolve seu decisório em torno dos transcritos enunciados e, principalmente, tendo em vista os direitos fundamentais do executado que devem ser sempre preservados.

Neste caso, constatado que o executado não possuía bens nem meios suficientes para realizar o pagamento da dívida, a exequente requereu ao juízo *a quo* a apreensão do

¹¹⁶ Enunciados Do Fórum Permanente De Processualistas Civis. Florianópolis, março/2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> Acesso em: 09 set. 2018

¹¹⁷ Op.cit., 2017.

¹¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1071.

¹¹⁹ STJ, HC 443.348/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, D.J.E.: 02/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85228479&num_registro=201800731349&data=20180802 Acesso em: 09 set. 2018.

passaporte e da carteira nacional de habilitação, bem como o bloqueio de todos os cartões de crédito do devedor.¹²⁰

Por entender que seu direito de ir e vir foi violado, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, impedindo o gozo de diversos direitos básicos da vida cotidiana, o executado impetrou Habeas Corpus. Em que pese haver discussões sobre o cabimento de um Habeas Corpus para combater tal decisão, em respeito ao tema deste trabalho, este assunto não será debatido, mas sim os fatos usados pelo Ministro para autorizar ou não as medidas coercitivas atípicas.

Pelos pontos expostos pelo executado, foi concedida parcialmente a ordem de *habeas corpus*, apenas para o fim de desconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do devedor. Isto porque, a apreensão da carteira de motorista e o bloqueio dos cartões, sem dúvidas representam um constrangimento, que muitas vezes pode ser um constrangimento desnecessário e indevido, embora não represente violação do direito de ir e vir, nem do princípio da dignidade da pessoa humana.¹²¹

No que consiste especificamente à apreensão de passaporte, o julgado evidenciou que a medida foi tomada pelo juízo de 1º grau em uma vã tentativa de compelir, com mais vigor, o devedor a proceder ao pagamento, sob pena de se admitir a inocuidade do provimento jurisdicional.

No entanto, concluiu-se que a retenção do passaporte consubstancia:

coação ilegal e abusiva à liberdade de locomoção a decisão judicial de apreensão de passaporte como forma de coerção para o adimplemento de dívida civil representada em título executivo judicial, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretende favorecer (adimplemento de dívida civil), diante das circunstâncias fáticas do caso em julgamento.¹²²

Por outro, no que consiste a apreensão da carteira de motorista, bem como os cartões de crédito do executado, verificou-se que, por mais arbitrária que a medida possa parecer, não

¹²⁰ STJ, HC 443.348/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, D.J.E.: 02/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85228479&num_registro=201800731349&data=20180802 Acesso em: 09 set. 2018.

¹²¹ *Op. cit.*

¹²² *Op. cit.*

viola o direito de locomoção, muito menos o princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque o devedor poderá continuar se locomovendo, apenas não o fará dirigindo um automóvel.¹²³

Em que pese à suspensão da carteira de motorista ter sido mantida pelo julgado ora analisado, ressalta-se que se a medida não fosse considerada efetiva para o provimento jurisdicional, poderia facilmente ser indeferida. Isto se exemplifica na hipótese do executado fazer uso do veículo para prover seu sustento. Afinal, como o devedor poderá quitar seu débito se for impedido de trabalhar?

Logo, se a medida executiva atípica requerida pelo exequente não se mostrar adequada para o fim do provimento jurisdicional eficaz, ela não deve ser deferida pelo magistrado, sob pena de onerar demais o executado.

Se verifica, assim, que o julgado narrado é apenas um exemplo de como os Tribunais estão se portando perante a inovação do art. 139, IV do CPC, mas como afirmou o Ministro Luis Felipe Salomão, as medidas executivas atípicas devem se adequar à necessidade diante das circunstâncias fáticas de cada caso, sempre averiguando se os direitos inerentes do indivíduo, no caso do devedor, estão sendo preservados.

5.1. Da Proporcionalidade e os Meios Executivos Atípicos: Limites e Possibilidades

Visto que, embora o princípio da atipicidade dos meios executivos se volte para uma otimização e flexibilização dos poderes executórios do juiz, no sentido de alcançar um resultado prático desejado pelo exequente, nada justifica dar amplos poderes aos dispositivos e retirar dele o fundamento para controle e limitação de medidas executivas abusivas.¹²⁴

Desta maneira, como foi adiantado acima quando discorrido o princípio da proporcionalidade, em que pese a cautela com a qual os magistrados têm agido desde a promulgação da Lei 13.105/2015, uma das formas mais eficazes de averiguar os limites do poder geral de efetivação passa pela junção dos postulados normativos aplicativos, qual seja,

¹²³ *Op. cit.*

¹²⁴ ALVIM, *Ibid.*, 2014, p. 167.

efetividade e proporcionalidade, para visualizar tanto a solução de conflitos normativos como seu próprio controle externo.¹²⁵

Assim, optando-se por utilizar as medidas atípicas deve-se seguir um conjunto de postulados e princípios que regem a atuação dos órgãos julgadores, estabelecendo “balizas” para a eleição da medida executiva correta.¹²⁶

No que consiste a proporcionalidade, salienta-se novamente que este princípio em sentido amplo, também é intitulado princípio de proibição de excessos, foi elevado à condição de princípio constitucional, começando a influenciar a jurisprudência dos países da *common law*, mas sob o rótulo de princípio da razoabilidade.¹²⁷

Em uma breve passagem sobre a origem do princípio da proporcionalidade, Fernando Fernandes de Araújo diz que:

O princípio da proporcionalidade acompanha a história da defesa dos direitos humanos e surge como decorrência da passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito, para controle da coação exercida pelo monarca. Desta forma, o germe do princípio da proporcionalidade foi ideia de garantir a liberdade individual frente aos interesses da Administração Pública¹²⁸

Verifica-se, assim, que apesar dos receios dos defensores do pensamento “clássico-liberal”, o direito à liberdade do indivíduo é protegido em várias vertentes do direito brasileiro e, nos meios executórios atípicos, a proporcionalidade e a razoabilidade são princípios pilares que impedem eventual arbitrariedade do Estado.

O Autor ainda chama a atenção para o fato de que o princípio da proporcionalidade se distingue do princípio da razoabilidade, em que pese ambos os preceitos quase sempre sejam utilizados como um princípio só, qual seja, o da proporcionalidade-razoabilidade. No entanto, “o conceito de razoabilidade corresponde apenas à exigência da *adequação*, e a regra

¹²⁵ ALVIM, *Op. cit.*, 2014, p. 168.

¹²⁶ DIDIER, *Ibid.*, 2017, p. 111.

¹²⁷ DE ARAÚJO. **Princípio da proporcionalidade na Execução Civil**: Execução Civil - Aspectos polêmicos Coord: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005, p. 159.

¹²⁸ DE ARAÚJO, *Op. cit.*, 2005, p. 161.

(sic) da proporcionalidade é mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meio e fins.”¹²⁹

Desta forma para aplicação das medidas atípicas coercitivas, antes devem ser levado em consideração alguns questionamentos feitos por Humberto Ávila quando afirmou que o *postulado da proporcionalidade* se manifesta nas

Situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentro os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental (is) afetado(s)?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)¹³⁰

Partindo dessa narrativa, para utilização das medidas atípicas, principalmente as coercitivas, o magistrado, através do poder de discricionariedade que lhe foi conferido, deve analisar primeiro a adequação da medida, ou seja, se impõe que o juiz “considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado”¹³¹

Os meios executivos sempre devem estar regidos pelo princípio da eficiência/resultado, já que, conforme já mencionado no presente trabalho, há uma preocupação exacerbada com a possibilidade de infração dos direitos do devedor e a legislação sempre fez pouco caso com o direito de receber do credor.

Assim, o critério da medida adequada, é fortemente inspirado no princípio da eficiência/resultado na parte em que determina a escolha de meios que tenham condições de promover resultado significativo e que permitam alcançar o resultado almejado.¹³²

Ainda, para alívio dos liberalistas, também deve ser observado se a medida atípica é necessária, sendo que esse critério impõe um limite à atuação judicial, uma espécie de

¹²⁹ DE ARAÚJO, *Op. cit.*, 2005, p. 169.

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, 16ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

¹³¹ DIDIER, *Ibid.*, 2017, p. 113.

¹³² DIDIER, *Ibid.*, 2017, p. 113

contrapeso ao critério da adequação, afinal, não é só porque os direitos do credor foram colocados em evidência, que os direitos do credor serão esquecidos.¹³³

Logo, pautado no preceito da menor onerosidade para o executado, o critério da necessidade estabelece um limite: “não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado.” Deve, pois, o órgão julgador determinar o meio executivo na medida na medida do estritamente necessário para proporcionar a satisfação do crédito – nem menos, nem mais.¹³⁴

Por fim, estes dois preceitos, da necessidade e da adequação, devem ser ponderados pelos magistrados, verificando-se qual é o interesse em questão, aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, de maneira que as vantagens da utilização da medida atípica escolhida superem as desvantagens do seu uso. Ao concluir seu pensamento Fredie Didier argumenta que “a perspectiva aqui não é nem a do credor, nem a do devedor, mas a do *equilíbrio*: deve-se privilegiar a solução que melhor atenda aos valores em conflitos¹³⁵.”

Com o efeito, não bastasse a consonância com os preceitos de ordem constitucional, doutrinadores também têm reconhecido, diante do grande número de requerimentos para a utilização do art. 139, IV, a verificação da proporcionalidade da medida que se impõe, segundo a “sub-máxima” da adequação e da necessidade. O Ministro Luis Felipe Salomão ainda afirma que “não sendo medida adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, serão contrárias à ordem jurídica.”¹³⁶

Ainda, o art. 139, IV do CPC tem sido objeto de grande controvérsia entre a maioria da doutrina e algumas decisões judiciais que lhe emprestam uma interpretação ampla, no sentido de que o juiz poderia adotar toda e qualquer contra o devedor para compeli-lo a quitar o débito.¹³⁷

¹³³ DIDIER, Ibid., 2017, p. 114.

¹³⁴ DIDIER, Ibid., 2017, p. 114.

¹³⁵ DIDIER, Ibid., 2017, p. 115.

¹³⁶ STJ, HC 443.348/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, D.J.E.: 02/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85228479&num_registro=201800731349&data=20180802 Acesso em: 09 set. 2018.

¹³⁷ ALVIM, Ibid., 2017. p. 215.

Ilustra o tema, a decisão proferida pela MM. Juíza da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, na Comarca da Capital de São Paulo, que determinou três das medidas executivas atípicas mais lembradas, quais sejam o recolhimento do passaporte e da carteira de habilitação do devedor, bem como o bloqueio dos seus cartões de crédito, no intuito de compeli-lo a quitar a dívida.¹³⁸

Em contrapartida, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, mais especificamente a 14ª Câmara de Direito Privado, tem utilizado a razoabilidade para meditar sobre a aplicação dessas medidas atípicas, pontuando, por exemplo que

A intenção da lei não é prejudicar o devedor; o intuito é retirá-lo da inércia, pois lhe é muito cômodo esperar que o exequente busque por todos os meios satisfazer seu crédito, enquanto aquele aguardar placidamente pela prescrição intercorrente, mantendo intacto seu estilo de vida¹³⁹

Sob esse aspecto, o v. acórdão proferido pela mencionada Câmara, conforme foi retratado anteriormente, ressalta que “em que pese tal dever, as medidas coercitivas atípicas devem ser proporcionais e razoáveis. Não se podem admitir medidas que não tragam benefício ao credor, servindo apenas para punir o devedor, como na hipótese em testilha.”¹⁴⁰

Portanto, nota-se que o princípio da atipicidade dos meios executivos não foi originado da noite para o dia, antes que fossem permitidas outras medidas que não fossem as típicas, estudiosos do processo civil levaram em consideração a realidade social do país e o baixo grau de eficiência das decisões judiciais, o que levou à uma grande insatisfação da população com o Poder Judiciário em geral.

Claro que a aplicação dessas medidas vem sendo monitorada, de modo que elas devem ser aplicadas sempre que esgotados os meios tipificados, em atenção aos princípios e meios explanados da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, desta forma tanto o direito do credor, quanto do devedor serão preservados.

¹³⁸ Decisão proferida em 25.08.2016 nos autos do cumprimento de sentença nº 0121753-76.2009.8.26.0011 perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros pela Juíza Andrea Ferraz Musa.

¹³⁹ TJSP Agravo de Instrumento nº 2178080-25.2018.8.26.0000; Relator (a): Melo Colombi, 14ª Câmara de Direito Privado Franca/SP - 2ª. Vara Cível. Data do Julgamento: 18/09/2018, V.U.

¹⁴⁰ *Op. cit.*,

CONCLUSÃO

A ruptura do formalismo e a maior possibilidade de flexibilizar o processo e os procedimentos permitiram maior liberdade nos atos dos magistrados. Por meio deste fato, sobreveio através do inc. IV do art. 139 do CPC a possibilidade do juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatória para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham como objeto a prestação pecuniária.

Para que tal dispositivo fosse introduzido na legislação, foram necessários muitos anos de discussões entre os processualistas que, apesar de muitas ressalvas sobrepuseram a efetividade do processo sobre a técnica processual.

Através da breve evolução histórica do processo civil, pode-se observar que, em que pese o Código de Processo Civil de 1973 tenha sido promulgado visando reverter os defeitos do Código de Processo Civil de 1939 e ter conseguido cumprir, em parte, esse papel, ao decorrer dos anos verificou-se que o processo civil era distante não só do direito material, como também da realidade social do país.

Isto se devia aos reflexos do liberalismo clássico intrínsecos na legislação, em especial, no Código de Processo Civil de 1973, que valorizava o direito individual acima de tudo, bem como dava singular atenção para conceitos e formas, sem demonstrar o interesse pela eficácia do provimento jurisdicional, ou seja, sem visar a efetividade do processo.

Estes ideais liberais eram também notados no papel do juiz perante o processo. O magistrado era considerado apenas *la bouche de la loi*, ou seja, a boca da lei, devendo apenas, sem nenhuma discricionariedade, aplicar a lei no caso concreto sem preocupar-se se a medida aplicada terá efetividade ou não.

No entanto, viu-se a necessidade de mudar esse sistema, o Poder Judiciário era desacreditado pela população, pois grande maioria de suas previsões eram inócuas, tanta proteção a conceitos levou à uma dificuldade de aplicar a teoria na prática.

Foi dessa maneira que processualistas começaram adequar seus conceitos quando o assunto era o direito processual civil. O que foi chamado de pensamento contemporâneo, na verdade se precisou de muitos anos para ser desenvolvido, resultando, finalmente no Código de Processo Civil de 2015.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, muitas amarras foram rompidas, principalmente o excesso de formalismo. Foi verificado que o direito pode ser formal, respeitar todos os preceitos constitucionais e assegurar a segurança jurídica, sem precisar ser necessariamente formal, como bem lecionou Cândido Rangel Dinamarco.¹⁴¹

Como o próprio Autor restou convencido em sua obra publicada em 2009, o processo civil, como uma toda técnica, só será uma boa técnica na medida em que for capaz de oferecer soluções boas – processo justo é o processo que produz soluções boas – ou seja, um processo efetivo.

Assim, frente a uma realidade dinâmica, sempre em movimento, é justificável que uma certa flexibilidade do processo seja permitida e que o magistrado, sendo parte do processo munida de responsabilidade de preservar o escopo final da pacificação social.

Uma das possibilidades de flexibilizar o procedimento com o objetivo de dar efetividade à ordem judicial foi a eventual utilização das medidas executivas coercitivas atípicas para satisfação da obrigação pecuniária.

Conforme foi retratado pelo presente trabalho, tais medidas podem ser adotadas fundadas nos princípios do resultado – eficácia -, bem como da vontade. Essa possibilidade de utilizar meios não tipificados na legislação deve ser usada de maneira subsidiária e, se corretamente aplicado, não importa na quebra da segurança jurídica.

Pelo contrário, o princípio da atipicidade dos meios executivos foi introduzido com o intuito de proteger o direito do credor de receber seu crédito, sem que o devedor se escuse de adimplir o valor devido, sem que tenha um justo motivo para fazê-lo.

¹⁴¹ DINAMARCO, *Ibid.*, 2009, p. 23.

Até o momento, as decisões judicial que optam pela aplicação das medidas executivas coercitivas não tipificadas, como por exemplo a apreensão do passaporte, ou da carteira de motorista, têm sido cautelosos, sempre verificando se a medida aplicada irá incentivar, impulsionar o devedor a pagar o montante devido.

Afinal, como assinalado, o diploma processual civil de 2015 cuidou de dizer que, na aplicação de direito, o juiz não terá em mira apenas a eficiência do processo, mas também os fins sociais – a pacificação - e as exigências do bem comum, devendo também resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade¹⁴².

Assim, conforme demonstrado, o Código de Processo Civil possibilitou uma série de inovações, entre elas a flexibilização dos meios executivos, medidas que não surgiram da noite para o dia, pois pode-se afirmar que foram conquistadas para que a efetividade processual fosse finalmente atingida.

Tais meios devem ser utilizados sempre que forem adequados e necessários, sem que isso signifique que direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, ou o direito de ir e vir, sejam violado. Somente assim será atingida a finalidade maior do processo civil, qual seja, a pacificação social.

¹⁴² STJ, HC 443.348/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, D.J.E.: 02/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85228479&num_registro=201800731349&data=20180802 Acesso em: 09 set. 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM, Arruda, *et al.* (Coord.). **Execução Civil e Temas Afins – do CPC/1973 ao Novo CPC**: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda, *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Guilherme. **Execução**. Vol. III, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant**. Trad.: Alfredo Fait, 4 ed. – Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual**: Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DA SILVA, José Afonso. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218 abr/jun. 1999.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo e Ideologia**: O Paradigma Racionalista - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DE ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Princípio da proporcionalidade na Execução Civil: Execução Civil Aspectos polêmicos** Coord.: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005.

DE ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DE CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2008.

DE MELLO, Marco Bernardes. **Teoria do fato Jurídico: Plano da Eficácia** - Vol. 1, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER, Fredie (Org.) **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ª ed., Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER, Fredie (Org.) **Leituras Complementares de Processo Civil**. Fredie Didier (Org.) 8 ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Eduardo H. **Emerge uma Nova Tecnologia Disruptiva**. GV- executivo, v. 16, n. 2, 2017. Disponível em: <https://rae.fgv.br/gv-executivo/vol16-num2-2017/emerge-nova-tecnologia-disruptiva> Acesso em: 09 ago. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual**, de acordo com as recentes reformas do CPC, (Coleção Atlas de Processo Civil/coordenação Carlos Alberto Carmona) - São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FLHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume I, 22 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Necessitamos de um novo código de processo civil?: Processo Civil Novas Tendências** – Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* **O Novo Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código**. Revista de Processo Ano 35, n. 183, maio/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. Trad.: Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015** – São Paulo: Método, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas, *In*: CANOTILHO, J. J. G. *et al* (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: do Código de 1939 ao Código de 1973**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf Acesso em: 09 set. 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil** - 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política do Brasil** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento** – Rio de Janeiro: Forense, 2011.