

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE DIREITO

THATIANE DANTAS SANTOS

OS LIMITES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FRENTE AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aracaju – SE

2018.2

THATIANE DANTAS SANTOS

OS LIMITES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FRENTE
AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da FANESE, como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel
em Direito.

ORIENTADORA: Prof^a. Me. América Cardoso
Barreto Lima Nejaim
Coordenador do Curso: Pedro Durão

Aracaju – SE

2018.2

S2371 SANTOS, Thatiane Dantas.

Os Limites Da Atipicidade Das Tutelas Executivas Frente Ao Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana / Thatiane Dantas Santos; Aracaju, 2018. 62 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientadora: Profa. Ma. América Cardoso Barreto Lima Nejam

1. Código de Processo Civil 2. Tutelas Executivas Atípicas 3. Máxima Efetividade 4. Menor Onerosidade e Dignidade da pessoa Humana I. Título.

CDU 347.64(813.7)

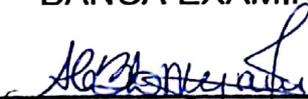
THATIANE DANTAS SANTOS

OS LIMITES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em 03/12/18

BANCA EXAMINADORA



Prof^a. Me. América Cardoso Barreto Lima Nejam
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Esp. Bruno Botelho
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

“Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ter sido fiel mim e em nada me deixou sentir falta. E a minha família Beauty, por me amar incondicionalmente.”

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus por ter me dado à oportunidade de viver e realizar esse sonho, agradecer por todos os obstáculos que foram vencidos e principalmente pelo dom da vida, obrigada meu Senhor Jesus, pois sem ti nada disso seria possível.

Aos meus pais, por todo amor, carinho, dedicação, cuidado e por sempre acreditar em mim e nos meus sonhos. Vocês acreditaram em mim mais que eu mesma, e me fizeram uma pessoa melhor, obrigada por tudo.

A minha querida irmã Sarah, que sempre me apoio e me ajudou sem medir esforços. Sou imensamente grata por toda compreensão e amor.

A meus primos, que vivenciaram das minhas lutas e torceram por mim sou a vocês muito grata e principalmente a Gabriel, Luana, Samara e Hellen, por me ajudarem a entender a vida de forma mais leve. Obrigada pelos conselhos nos momentos de tristeza e por se importarem comigo.

Aos meus familiares de um modo geral, o meu muito obrigado a cada um de vocês fazem parte da realização desse sonho.

Obrigada a todos os amigos da graduação de um modo geral, em especial a Antony, Beatriz, Marta e Felipe pela compreensão, amizade e incentivos diários.

A todos os meus professores, por transmitirem o saber de maneira ímpar e esplêndida, e me ajudarem na construção desse caminho que trilhei até chegar aqui, obrigada.

A minha querida professora, e orientadora, América Cardoso Barreto Lima Nejaim, pela maestria na orientação deste trabalho de conclusão de curso, por me incentivar mesmo quando eu achava que não iria mais conseguir. Obrigada por ser uma fonte de inspiração e primordial nesse processo de lapidação, a senhora é uma profissional com uma marca de excelência e generosidade. Obrigada por todo carinho e por toda dedicação.

Por fim, venho agradecer ao meu estágio no escritório da Dra. Isabela Farias, e pela oportunidade de crescer tanto com tamanha vivência que pude experimentar neste recinto. Obrigada por toda compreensão, apoio e carinho nesse momento singular na minha vida acadêmica, obrigada.

Por fim, agradeço a todos que fazem parte da família FANESE, desde os professores de sala de aula, aos professores do NPJ, e até aos demais funcionários que fizeram da instituição um lugar aconchegante e melhor. A vocês sou muito grata.

“Cada sonho que você deixa pra trás, é um
pedaço do seu futuro que deixa de existir.”
Steve Jobs

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe muitas novidades no que tange as tutelas executivas, entre essas, estão as tutelas executivas atípicas. O legislador deste código ampliou os poderes dos juízes concedendo, no art. 139, IV, medidas atípicas para chegar à prestação jurisdicional, e tais medidas atípicas possibilitaram discussões acaloradas entre a doutrina e jurisprudência sobre a utilidade prática destas medidas no caso concreto. Assim, a partir da breve construção histórica e do conceito de tutelas executivas será possível ver como elas se efetivam no ordenamento jurídico, desde sua forma típica até a atípica, como também será possível estabelecer uma perspectiva entre dois princípios da tutela executiva: o da máxima efetividade do credor e a menor onerosidade do devedor, ambos limitados frente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Será observada a perspectiva da ponderação em Robert Alexy a questão da colisão de princípios e, através do olhar de Lenio Streck, um confronto com elementos interpretativos mais objetivos, a fim de buscar estabelecer limites dessa ampliação dos poderes pelos magistrados. Desta forma, esse trabalho pretende trazer uma análise qualitativa dos limites da atipicidade, através de um método dedutivo a partir de levantamentos bibliográficos.

Palavras-chave: Código de Processo Civil, tutelas executivas atípicas, máxima efetividade, menor onerosidade e dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure of 2015 brought many news in reference of the executive forms, among these, there is the atypical executive forms. The Legislator of this code enlarged the judge's powers by conceding to magistrates in the article 139, IV, atypical measures to reach the legal assistance, and these atypical measures made possible an energetic discussion between the doctrine and jurisprudence about the practical utility of these measures in a concrete case. Thus, from the historical building and from the definition of executive forms it will become possible to see how they effect in the legal order, from the typical way to the atypical, and it also will become possible to establish a perspective between two principles of the executive form: a maximum effectiveness of the creditor and a less onerousness, both limited facing the fundamental principle of dignity of the human person. It will be observed from the weighting perspective in Robert Alexy of the principle collision question and through the look of Lenio Streck a confrontation with more objective's interpretation elements, seeking to establish limits of this power enlargement of magistrates. Thus, this work intends to bring a qualitative analysis of the limits of atypicality, through a deductive method from bibliographic surveys.

Key Words: Code of Civil Procedure, atypical executive forms, maximum effectiveness, less onerousness, human person dignity.

LISTA DE ABREVIações

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

STJ – Superior Tribunal Federal

RHC – Recurso Ordinário de Habeas Corpus

Min. – Ministro

Rel. – Relator

FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

CNH – Carteira Nacional de Habilitação

HC – Habeas Corpus

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 12 |
| 2. TUTELAS EXECUTIVAS | 16 |
| 2.1 Breve Contexto Histórico | 16 |
| 2.2 Tutelas Executivas | 22 |
| 3. A PRINCIPIOLOGIA DAS TUTELAS EXECUTIVAS | 26 |
| 4. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS | 35 |
| 5. OS LIMITES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 45 |
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 57 |
| 7. REFERENCIAS..... | 59 |

1. INTRODUÇÃO

Ubi societas, ubi jus. O Direito surgiu para mediar às relações interpessoais dentro do Estado. E com isso, os Estados que pretendem prosperar e garantir um desenvolvimento humano precisam estabelecer regras que conduzam a sociedade.

Ao longo da história as relações sociais se mediavam em acordos de responsabilidade pessoal em cumprir o que pactuaram. E sempre que alguém se via lesado buscava o Estado ou uma autoridade que obrigasse as partes a voltarem aos seus pactos. Aos desobedientes, chamados de inadimplentes terão sanções a fim de coagi-lo a adimplir.

Nas relações de execução, esse tipo de obrigação gerada entre o credor e devedor tiveram seus altos e baixos momentos, em que o direito defendia mais o credor outros momentos em que predominava o devedor. (THEODORO JUNIOR, 2012)

Atualmente no Brasil, houve uma substituição do seu CPC - Código de Processo Civil. Essa mudança proporcionou a difusão de normas fundamentais que transformaram a forma de interpretar o processo de execução. E, sendo assim, o CPC de 2015 trouxe muitas mudanças consideráveis, inclusive na matéria de execução. (DIDIER, 2017)

Observando o novo código foi possível ver que este consolidou consideravelmente a parte dos processos de execução presente no livro II, mas que também interligou as suas disposições no que coube subsidiariamente às disposições do livro I e a parte especial desse código, conforme art. 771, parágrafo único do CPC de 2015. (BRASIL, 2015; DIDIER, 2017)

Este modelo processual também abarcou uma série de discursões sobre a aplicabilidade e eficiência de alguns instrumentos normativos. Observar-se-á que a prestação jurisdicional é um dever do juiz conforme os art. 4º, do CPC, e que emanam diretrizes como princípios, e oferece subterfúgios que auxiliaram ao interprete da lei analisar todo no CPC de 2015, ou seja, o juiz deve agir de maneira razoável e efetiva.

Com isso, o tema deste trabalho se promove frente a uma questão bastante discutida pelos doutrinadores e aplicadores do direito, que são as medidas atípicas, destacadas pelo art. 139, IV, do CPC. Será demonstrado também que essas atipicidades estão presentes e dialogam em outras partes no Código, como é o caso do art. 297 e o art. 536, § 1º.

Essas atipicidades decorrem de uma necessidade de ampliação da efetivação. O Processo Civil no Brasil anseia por celeridade, eficiência, por medidas satisfativas e dignas. Com isso, esse tema se faz importante, pois promove a discursão acadêmica de como tem sido realizada aplicação de tutelas atípicas no processo civil.

Dentre o tema trabalhado, será desenvolvido o tema das tutelas executivas, desde seu conceito até suas formas de efetivação. Os principais sujeitos dessa relação processual serão os credores e devedores que buscam do poder judiciário à providencia de suas obrigações, seja ela de qualquer espécie, vinculadas a um título executivo judicial ou extrajudicial que formará uma pretensão judicial.

Conforme exposição, a efetivação buscada pelos jurisdicionados de maneira mais intensa com a finalidade de garantir a satisfação das normas, e no Processo Executivo, efetivação se dará quando há uma tutela concreta do direito material contida no título executivo através de medidas executivas. (BRASIL, 2015)

Na busca de aperfeiçoar o ordenamento jurídico para garantir a satisfação de quem se utiliza do Judiciário para a solução de seus conflitos, normas como os art. 139, IV, permitem ao magistrado buscar todos os meios indutivos, coercitivos, mandamentais ou sub-rogatórios necessários que promovam o cumprimento da ordem judicial. Isso se dá, para que o ordenamento jurídico seja composto de métodos que conduzam a uma aplicabilidade e segurança na execução do processo. (BRASIL, 2015)

Porém, com essas medidas atípicas, que o novo Código deixou em aberto, as situações que ela se aplicam, o juiz terá que solucionar o caso concreto se utilizando destas, mas também baseando-se na principiologia das

tutelas executivas, pois é de extrema importância que princípios como da plena satisfação do credor e o da menor onerosidade do devedor sejam observados.

Convém então, explicar no primeiro capítulo a forma como se desenvolveu o Processo de Execução, visando demonstrar de que forma se deu a aplicação das Tutelas Executivas e quais são as maneiras típicas que se utilizam deste procedimento para chegar a satisfação jurídica, seja nas obrigações de fazer, não fazer, entregar e pecuniárias. Também nesta primeira fase referente às tutelas executivas será tratada, de forma breve, a evolução histórica das tutelas.

O segundo capítulo utilizará das construções do tema das tutelas executivas para discorrer sobre os princípios da menor onerosidade do devedor e a máxima efetividade do credor, ambos frente a dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, trata-se da ponderação dos princípios pelos juízes com auxílio da obra de Robert Alexy, e será observado a classificação deste autor diante do conflito de normas e a colisão princípios, a fim de entender a ampliação do poder dos juízes sobre o dispositivo do art. 139, IV, CPC de 2015. Entende-se por importante comparar este autor aos estudos de Lênio Luiz Streck (2013) para ver como método alemão pode ser utilizado pelo sistema normativo brasileiro, com suas ressalvas.

E por fim, será analisado os limites dos meios executivos atípicos frente a dignidade da pessoa humana. Visto que, não é objetivo delinear exaustivamente quais os requisitos de uma decisão judicial, mas abordar com clareza que, ao utilizar de medidas atípicas, o magistrado deverá promover a conciliação entre os dois pontos que permeiam a execução a máxima efetividade e a menor onerosidade.

Esse trabalho tem por objetivo estabelecer com clareza o que são os meios atípicos e por que se utilizar deles, em detrimento dos meios típicos? O juiz que utiliza dessa ampliação de poderes pode decidir indiscriminadamente? Entre a menor onerosidade e a máxima efetividade, qual o princípio que deve predominar?

Será possível trabalhar esses pontos através de uma metodologia baseada num método dedutivo onde com base nos levantamentos bibliográficos se analisará as premissas estabelecidas por diversos autores especialistas no tema.

2. DAS TUTELAS EXECUTIVAS

O presente capítulo destina-se a explicar como se desenvolveu a tutela executiva, visando demonstrar de que forma se deu sua aplicação e quais são as maneiras típicas que se utilizam neste procedimento. O conteúdo abordado nesse módulo compreende duas fases: a primeira referente a um breve histórico da evolução das tutelas executivas e o segundo aborda a aplicabilidade das tutelas executivas no direito brasileiro.

2.1 Breves Considerações Históricas

A sociedade se estabelece com a formação de vínculos entre as pessoas, e estas pessoas passam a ser titulares de direitos e deveres no meio em que vivem. Nas relações jurídicas não é muito diferente, principalmente no que tange aos contratos ou alguma relação que determinou uma obrigação e que necessite da tutela do direito e, nestas condições, sempre envolverá sujeitos de direitos e deveres. E este é o caso em que se aprestam o credor e o devedor.

No passado, o direito romano, que inspirou os modelos de justiça que atualmente se apresentam, tinha uma rigidez formal quanto aos processos executivos. Os processos se pautavam entre uma fase inicial, na qual o magistrado fazia o controle da admissibilidade da ação e depois um árbitro, quando examinaria as provas e concederia a decisão, ou seja, um processo bifásico em que o conhecimento seguiria depois da admissibilidade. Esse árbitro, responsável pela sentença, não seria vinculado ao Estado, e as partes postulariam em causa própria, sem a presença de um advogado. (DUTRA, 2008)

Nesse contexto, o credor era quem tinha direitos sobre o devedor onde a forma de cumprir a execução era totalmente humilhante e degradante, pois neste período se admitiam medidas que atingissem a integridade física, psicológica e econômica do devedor. Os critérios para conseguir uma execução sobre o devedor se baseava na liquidez da dívida e seu caráter

pecuniário, mas não permitia prisão do devedor que fosse cidadão romano no seu território. (LIMA, 2008; THEODORO JUNIOR, 2012).

Porém, esse modelo altamente inquisitivo teve profundas evoluções, que possibilitaram mudanças, pois passaram a tutelar a satisfação de crédito pelo devedor de forma mais humana e que se mantivesse apenas sobre seu patrimônio, e essa humanização nos meios executivos romanos foi conquistada com o advento do cristianismo. A evolução do processo não se deve apenas a pessoa do devedor e a forma de execução, mas também a forma de conhecimento do processo no qual não será mais importante a presença do árbitro, sendo apenas uma única pessoa que estabelecerá o juízo de valor concedendo a decisão e o seu modo de cumprimento. (LIMA, 2008; THEODORO JUNIOR, 2012)

Contudo, segundo Lima (2008) e Theodoro Junior (2012) o período de superação das penas degradantes retorna com as invasões germânicas, pois neste contexto de grande conflito cultural dos povos bárbaros com os romanos, há a imposição de medidas que influenciam diretamente na forma da execução privada. Trata-se de uma fase marcada por retrocessos no Direito e nas relações humanas, pois primeiramente se executava e posteriormente buscava em juízo o conhecimento da ação. Caberia ao devedor, se estivesse insatisfeito, reivindicar ao Poder Judiciário sobre as medidas aplicadas pelo credor.

Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até ao máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre (DINAMARCO, 2002, apud LIMA, 2008, p. 35).

Durante o período acima, chamado de clássico, em Roma, houve avanços e retrocessos quanto aos meios de satisfação das tutelas executivas prestadas pelo Estado. Já no período medieval, um detalhe importante foi a criação dos títulos de crédito que possibilitaram uma execução mais célere, pois se dispensava a execução frente à titularidade do título. A execução era um mero procedimento da atividade do juiz, não haveria distinção entre processo de conhecimento e execução. Cabia, portanto, ao juiz, determinar os meios de satisfação da execução e sua atividade se estreitava em cumprir o que já havia sido declarado do título. (NOLASCO, 2003, apud LIMA, 2008)

No período medieval, argumenta Theodoro Junior (2012), o processo de execução tomou uma forma mais semelhante com a que hoje se impõe, pois era possível visualizar duas medidas: as judiciais e as extrajudiciais. Nos meios extrajudiciais dispensava-se a cognição e seguia logo para a execução, pois o título de crédito tinha mesmo *status* de prevalência de uma sentença – *executio parata*, e contra este, não caberia discussão diante da *res iudicata*, pois a sentença se confirmaria pela prevalência do título, *actio iudicati*. Já os meios judiciais derivados de sentença se chamavam de *executio per officium iudici*, e essas duas formas é que se dava a satisfação do crédito, nesse período.

Essas medidas judiciais e extrajudiciais persistiram até o séc. XVIII e começo do XIX, onde com o advento do Código de Napoleão, foi implementado a unificação da execução (THEODORO JÚNIOR, 2012).

Evoluindo para a contemporaneidade, no Brasil já existiram três Códigos de Processo Civil. Conforme Vieira (2009) apud Theodoro Junior (2012), o Código de Processo Civil, de 1939 era conhecido como uma “colcha de retalhos” em virtude de uma composição de conteúdos que não expressavam um objeto único, mas um composto de leis esparsas, juntamente do código de processo civil e comercial. Todavia, emana deste texto legal uma ideia de unicidade no processo de execução para qualquer tipo de título. Não haveria cognição no processo de execução, significando um processo mais célere, em virtude da ausência do procedimento de audiência e sentença. O contraditório se estabeleceria em embargos, em ação autônoma, em autos apartados.

O Código de Processo Civil de 1973, quanto ao procedimento de execução, trouxe algumas inovações, dentre elas se destaca a abordagem sobre os títulos judiciais que foram equiparados aos extrajudiciais. No entanto, quanto aos títulos executivos, para satisfazê-los e dar-lhes efetividade, não tinha a necessidade de um processo de conhecimento. Ressaltam-se os embargos a execução, que possibilitou uma diminuição do rol de títulos extrajudiciais. (BRASIL, 1973; DINAMARCO, 2000).

Como explica Dinamarco (2000), o CPC de 1973 (BRASIL,1973), passou a convencionar novos institutos como a inclusão da dívida ativa no rol de títulos executivos extrajudiciais. Já na execução fiscal caso o constituinte do debito não a reconhecesse esta passaria a fazer parte da forma de execução forçada.

Outra medida foi a implantação da competência executiva compatível com os Juizados Especiais, alterada no art. 40, do CPC de 1973 (BRASIL,1973), sendo a mudança gerada pela lei 7.244, de 1984 (BRASIL,1984). Portanto, isso geraria uma celeridade na produção do título executivo nas causas competentes ao juizado especial cível, sendo o responsável, tanto para o conhecimento quanto a execução da ação. (DINAMARCO, 2000)

Quanto aos meios de conduzir o devedor ao adimplemento, expõe Dinamarco (2000) que, existiam algumas formas para isso, dentre elas: uma projeção de autonomia ao juiz que em fase de conhecimento, depois da sentença, tendo a ciência que a obrigação de fazer e não fazer foi descumprida, deveria ingressar com meios coercitivos evitando, assim, a utilização do processo de execução. Para isso, o juiz se utilizava de meios de coação psicológica na tentativa de impelir o cumprimento voluntário.

Mais uma atitude do código passado, foi à revogação dos artigos referentes à liquidação de sentença em que dependa exclusivamente de cálculos aritméticos. Já quanto aos títulos executivos extrajudiciais, estes tiveram seu rol ampliado com a inclusão do título de crédito chamado: debênture, e também com os documentos públicos e particulares, que seriam títulos em relação às obrigações de qualquer natureza. (DINAMARCO, 2000)

Traz também Dinamarco (2000, p.31) mais uma medida específica referente ao título judicial: “O mandado de pagamento ou entrega é título executivo judicial por força de lei e sua eficácia, contida pela eventual oposição de embargos pelo réu, liberada a partir de quando rejeitados (e também, é claro, se não forem opostos)”.

Como foi abordado no CPC de 1973, a prestação jurisdicional se estabelecia a fim de satisfazer as obrigações de obrigação de fazer/não fazer e entregar, possibilitando a ampliação do rol dos títulos executivos, e dando competência aos juizados especiais em relação ao processo de execução. No entanto, o modo que o Código de Processo Civil de 2015 vem se posicionar trouxe algumas mudanças bem pertinentes para expandir a efetividade que não se detém às obrigações dar, fazer e não fazer, mas também incluem as obrigações de valor pecuniário. (DINAMARCO, 2000)

E é sobre o prisma do CPC de 2015 que serão abordadas as tutelas executivas dadas pelo Estado aos jurisdicionados.

2.2 Tutela Executiva

Diante de uma relação obrigacional constituída entre o credor e o devedor, tem-se a necessidade de satisfazer o direito de crédito nascido em um título executivo, gerando um dever de adimplemento da obrigação de pagar, entregar, fazer ou não fazer, dentro do modo, tempo, forma e lugar determinados. Esta relação se reflete numa prestação jurisdicional realizada frente ao Poder Judiciário, em que o credor (exequente) busca a satisfação materializada do devedor (executado), por meio das tutelas executivas, que se dividem em cumprimento de títulos executivos judiciais, os quais estão previstos no art. 515¹, CPC de 2015; o processo de execução, voltado para a

¹ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários

tutela de títulos extrajudiciais, previstos no art. 784², do CPC de 2015. (BRASIL, 2015; ABELHA, 2016)

Adere ao conceito de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, Sá (2018, p. 917), dizendo:

Títulos executivos judiciais são aqueles produzidos dentro de um processo por meio de atividade jurisdicional. Já os títulos executivos extrajudiciais são aqueles produzidos fora de um processo em que a lei confere eficácia executiva e foram formalizadas por ato de vontade das partes (ou somente por uma coma a certidão de dívida ativa, art. 784, IX)

Conforme explica Neves (2016) no tocante aos procedimentos empregados para execução dos títulos, esses são estabelecidos de duas formas: uma, quando for título executivo extrajudicial, na qual haverá um processo autônomo, via processo de execução previsto no art. 771³, do CPC de 2015 e outro, quando for título executivo judicial, em que o adimplemento se dará por Cumprimento de Sentença. Já no que se refere aos meios de execução, estes poderão ser: sub-rogação e coerção.

A execução por sub-rogação ou meio direto, é aquela na qual o Estado confere para exequentes atos que substituem a vontade do executado, alcançando a satisfação do crédito por meio do seu patrimônio, a fim de

tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça; X - (VETADO).

² Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

³ Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

satisfazer a prestação jurisdicional. A lei irá garantir meios, com os quais o juiz poderá substituir a vontade do executado e assim dar a prestação e satisfação do direito. Como ocorre também com a busca e apreensão e a imissão de posse, para garantir a satisfação do direito de crédito de obrigação de entregar bem móvel e bem imóvel. (SÁ, 2018)

Constituem meios típicos de execução por sub-rogação: a expropriação, desapossamento e a transformação. De acordo com Sá (2018, p. 935) expropriação é a “conversão do bem em dinheiro” como dispõem os arts. 824⁴ e 825⁵ do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), que tratam desta medida na execução por quantia certa e o art. 913⁶ do CPC de 2015 (BRASIL, 2015) referente às execuções de alimentos.

Segundo Sá (2018, p. 935) a medida de desapossamento “consiste na retirada do bem *in natura* das mãos do executado ou terceiro para entrega ao exequente”; e quando o bem for móvel, o meio empregado será a busca e apreensão; e se o bem for imóvel, o meio designado será a imissão de posse. Em regra, constituem-se de execuções de entregar coisa. E as regras que compõem estas medidas estão dispostas no art. 538⁷, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), que força a exigibilidade do cumprimento da obrigação entregar.

Além dessas medidas, existem outras medidas extravagantes espalhadas pelo Código dispostas no art. 536, §1º⁸, do CPC de 2015 (BRASIL,

⁴ Art. 824. A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

⁵ Art. 825. A expropriação consiste em: I - adjudicação; II - alienação; III - apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

⁶ Art. 913. Não requerida a execução nos termos deste Capítulo, observar-se-á o disposto no art. 824 e seguintes, com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

⁷ Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

⁸ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

2015) que se refere ao cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou de não fazer, previstas no art. 625⁹, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), que determina a urgência dos atos do inventariante removido sob pena de devolver os bens em medida de busca e apreensão ou de imissão na posse.

Já a transformação se dá “quando a execução de obrigação de fazer se transforma em execução de quantia, já que um terceiro (em virtude da resistência do executado nas obrigações fungíveis) cumpre a obrigação específica que havia sido inadimplida”, Sá (2018) p. 935. Em regra é típica em execuções de fazer e não fazer, segundo disposição no art. 536¹⁰, caput, e 538, § 3º, ambos do CPC de 2015.

Outro meio de execução, segundo Neves (2016), é a coerção ou meio indireto, que é quando se garante através de imputação de medidas persuasivas psicológicas para gerar o convencimento do executado a fim de vê-lo cumprir sua obrigação. A pressão psicológica gera uma responsabilidade ao executado impelindo a lembrando-o que ele é o responsável para que a sua situação não venha piorar ou para a que mesma venha a ter um aproveitamento positivo. Considera-se esse tipo de ação presente nas decisões mandamentais e algumas decisões executivas.

Algumas medidas coercitivas ou indiretas correspondem à aplicação de *astreintes* e perdas e danos previstas no art. 500, do CPC de 2015; além da prisão civil disposta no art. 528 do CPC de 2015 (no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos); bem como a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes prevista no art. 782, §3º, do CPC de 2015; ou uma redução de 50% no valor de honorários advocatícios prevista no art. 727 §1, do CPC de 2015; para citar algumas. Diferentemente da execução por meio sub-rogatório, as execuções coercitivas estão *in albis*, tanto em relação a

⁹ Art. 625. O inventariante removido entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio e, caso deixe de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de bem móvel ou imóvel, sem prejuízo da multa a ser fixada pelo juiz em montante não superior a três por cento do valor dos bens inventariados.

¹⁰ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

intensidade necessária que é utilizada pelo juiz, para aplica-las, quanto sobre o momento. (BRASIL, 2015; NEVES, 2016).

Nas pretensões por meio coercitivo ou indireto, percebe-se a presença de sanção punitiva composta de elementos de coerção patrimonial e coerção pessoal. Na coerção patrimonial, se destacam alguns artigos, dentre eles o art. 536, §1º¹¹ no que tange o cumprimento de obrigação de fazer com pedido de multa; no art. 81¹² traz multa imposta ao litigante de má fé; ao passo que o art. 85, § 12¹³ estabelece sobre a multa de honorários ser cumulativa a outras sanções; enquanto o art. 523, §§ 1º, 2º e 3º¹⁴ referente ao inadimplemento de débito em condenação que pode majorar em 10 % do valor do débito e 10% do valor de honorários de advogado, entre outros artigos presentes, todos do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), e a coerção pessoal visualizada na prisão por alimentos art. 528, § 3º¹⁵ do CPC (BRASIL, 2015), além da sanção derivada a um benefício, como é o caso da redução em metade do valor de honorários

¹¹ Art. 536. [...] § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

¹² Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

¹³ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

¹⁴ Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. § 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante. § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

¹⁵ Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. [...] § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

advocatícios em caso de pagamento voluntário, segundo art. 827, § 1º¹⁶ do CPC (BRASIL, 2015).

Argumenta Neves (2016) que há capacidade de cumulação de medidas executivas de sub-rogação e coercitivas, a depender da forma que o juiz precisa aplicar no caso concreto para que venha satisfazer de maneira plena o direito do exequendo.

Todavia, mesmo diante de tantos meios previstos tipicamente no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) ainda assim, este, vem estabelecer um poder geral de efetivação aos magistrados para que, por medidas atípicas, possibilitem a satisfação da prestação jurisdicional. Conforme é previsto no art. 139, IV, do CPC (BRASIL, 2015) que possibilita as medidas atípicas utilizadas pelos magistrados, ampliando as possibilidades de satisfação das tutelas executivas, valendo referenciar a previsão legal (ABELHA, 2015):

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (BRASIL, 2015)

Assim, verifica-se a expressa previsão legal que confere ao juízo o direito de buscar, pelas diversas formas, medidas capazes de assegurar o cumprimento da decisão judicial. Com isso, afirma-se que nenhuma execução deverá fugir aos princípios que se estabelecem no meio das tutelas executivas, pois estes constituem dogmas primordiais, sem o qual seria possível arbitrariedades, conforme será visto na próxima etapa deste trabalho monográfico.

Com efeito, a finalidade deste capítulo foi demonstrar as considerações importantes no tocante às tutelas executivas típicas, formando um terreno fixo para que seja compreendido o que são as tutelas executivas atípicas e como elas têm sido garantidas no Código de Processo Civil de 2015.

¹⁶ Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado. § 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

3. PRINCIPIOLOGIA DAS TUTELAS EXECUTIVAS

Esse capítulo tem como propósito trazer uma função de interligar os conhecimentos abordados sobre tutelas executivas ao juízo de ponderação, a ser realizado através da compreensão dos princípios pelos juízes. O mesmo se desenvolve dentro do conceito de princípio, num aspecto geral do direito, e em específico de dois princípios das tutelas executivas que possibilitam a proteção ao credor e o outro ao devedor. São esses: os princípios da plena satisfação do credor e o outro da menor onerosidade do devedor. Pretende-se estabelecer um conhecimento voltado à visualização desses princípios no Código de Processo Civil vigente, e limitar esses princípios ao princípio que se impõe absoluto que é o da dignidade da pessoa humana. (ALEXY, 2014)

Falar de princípio é lembrar o ponto de partida de algo, nesse caso de onde surgiram as normas, e é sem dúvida, a base para que qualquer fundamento se estabeleça no ordenamento jurídico. Abordar o conceito de princípios é vital para a compreensão da sua aplicabilidade no contexto social, e em específico no ordenamento jurídico. (FONTANA, 2016; NADER, 2017)

Segundo Fontana (2016):

Princípio é onde começa algo. É o início, a origem, o começo, a causa. É o momento em que algo tem origem. Princípio de uma estrada é seu ponto de partida, onde ela começa. [...]. Princípio é, portanto, começo, alicerce, ponto de partida, "vigas mestras", requisito primordial, base, origem, ferramenta operacional. (Martins (2007) apud FONTANA (2016, p. 28)

Posto esse fundamento acerca do que seria princípio, pode se perceber que ele não tem um conceito fixo, mas palavras sinônimas que trazem uma ideia ampla do que seria seu significado. E sobre o prisma do Direito, Mouchet e Becu (1967) apud Nader (2017, p. 273) expõem que os princípios gerais do direito "guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sancionadas".

Para Nader (2017) o começo dos atos legislativos são os valores e princípios, que selecionam o que será consagrado e difundido no ordenamento jurídico. Completa ainda que, estes compõem o fundamento da vida e do

direito, pois deles tudo decorre. Sua responsabilidade frente ao ordenamento jurídico é fundamental à vida, pois tudo emana dos princípios.

Por sua vez Diniz (2001) apud Tartuce (2017, p.123) leciona que os princípios gerais do direito são “cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”. Do mesmo modo Jeanneau (1962) apud Tartuce (2017) ensina que os princípios gerais do direito são partes internas da lei e o juiz, ao percebê-los, lhes dá vida e força para preencherem as lacunas deixadas no ordenamento jurídico, pois devem se apresentar de maneira lógica a fim de conter uma solução segura no caso confuso.

O Decreto-lei nº 4.657/1942, conhecido como a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL,1942), no seu art. 4º estabelece que na falta de ação da lei, o juiz poderá se utilizar de métodos como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Prospera, então, a premissa que conforme Coelho (2011), para este, o princípio não será de um ordenamento jurídico em específico, porém ele deve ser universal, para que se ordenem de forma geral em todas as sociedades. E sua interpretação possibilitará a correção do direito positivo ou a sua transformação, mesmo que seja diversa do que diz a lei.

Conforme o exposto, resta claro que os princípios são a base do ordenamento jurídico e que os princípios do direito são fontes que completam o significado dado pela Lei, seja para interpretar ou conceituar a norma. Na seara da tutela executiva, existem dois princípios basilares: a Máxima Efetividade e da Menor Onerosidade do Devedor, levando-se em consideração o ponto de razoabilidade e proporcionalidade para a proteção da dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2017; NADER, 2017)

O primeiro, o princípio da Máxima Efetividade da Execução, ou conhecido também como Utilidade e Efetividade, a depender de qual doutrinador esteja explicando, estabelece a satisfação daquilo que o credor teve êxito no processo de execução, o direito gerado em seu benefício. Para esse, é função da execução efetivar a satisfação do interesse do exequente, ou

seja, é por meio desse princípio que se garante a execução. (SÁ, 2018; NEVES, 2016)

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) traz alguns mecanismos que fornecem aos exequentes meios de satisfação do direito contido no título executivo. Tem-se no art. 797¹⁷, CPC a possibilidade da penhora em tese, como regra para estabelecer uma garantia de resultados satisfatórios ao credor. Contudo, poderá ser dispensada a penhora sempre que se encontrar bens suficientes e capazes de sanar às custas da execução. (NEVES, 2016)

Da mesma forma, Neves (2016) conota a proposta do princípio da Utilidade ou Máxima Efetividade, ao defini-lo como uma prática que pode beneficiar o exequente, mas que não deverá prejudicar o executado excessivamente. Esse princípio dificulta a aplicação de *astreintes* quando o juiz entender que a obrigação se tornou materialmente impraticável, pois essa medida coercitiva perde sua eficácia quando não depende somente da vontade do executado para chegar ao cumprimento da obrigação.

O resultado desse princípio é compor uma superação da concepção de castigo nas medidas executivas, na possibilidade de serem tão pesadas que o executado perca seus meios de subsistência, como já foi aplicada nos períodos anteriores, a exemplo da Roma Antiga mencionada neste texto, e vem estabelecer uma medida satisfativa do direito do credor, ou seja, baseada em meios úteis para satisfação do direito. (THEODORO JUNIOR, 2012; NEVES, 2016)

De acordo com o art. 836, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), “não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”, ou seja, o Código protege a execução que se promove dentro dos

¹⁷ Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. Parágrafo único. Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, cada exequente conservará o seu título de preferência.

limites do bem ou patrimônio disponível e que visa que seja efetiva. (NEVES, 2016)

Já com relação ao princípio da Menor Onerosidade se sustenta na necessidade do executado não sofrer a mais do que o necessário para a satisfação do direito do exequente. Ônus desnecessários devem ser dispensados, se para a satisfação do direito possa ter aplicação de outros meios e que também satisfaçam o resultado, então prosseguirá o segundo em detrimento do primeiro. Sendo assim, se o juiz apurar que existem outros meios para a satisfação desse direito do credor, ele o fará pelo meio menos gravoso. (NEVES, 2016; SÁ, 2018)

É clara a necessidade do exequente em ter satisfeito o seu direito, e é o que se espera à luz do princípio da efetividade da tutela executiva, mas se anseia impedir os excessos nos gravames. Cita-se o art. 891¹⁸, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015) que estabelece a inadmissibilidade da aceitação de lance que ofereça preço vil para pagar o devedor. A medida aplicável necessita de substância hábil para a satisfação da tutela, não cabendo meios que não prestem a devida função do crédito. (NEVES, 2016; SÁ, 2018)

Ressalta-se que o princípio da menor onerosidade não pode sacrificar a efetividade da tutela executiva. Por se referir aos princípios colidentes em virtude dos polos que cada um vem defender, o ordenamento jurídico confere ao juiz a análise do caso concreto aplicando critérios de razoabilidade e proporcionalidade, devendo impedir sacrifícios exagerados. E para compor esta explicação, traz-se a jurisprudência do STJ que explica:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO RÉPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Na execução fiscal, o executado não tem direito subjetivo à aceitação do bem por ele nomeado à penhora em desacordo com a ordem estabelecida no art. 11 da Lei 6.830/1980 e art. 655 do CPC na hipótese em que não tenha apresentado elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC). Em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem do art. 11 do mesmo diploma legal. É do devedor o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal dos bens

¹⁸ Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.

penhoráveis e, para que essa providência seja adotada, é insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC. Exige-se, para a superação da ordem legal estabelecida, que estejam presentes circunstâncias fáticas especiais que justifiquem a prevalência do princípio da menor onerosidade para o devedor no caso concreto. Precedentes citados: EREsp 1.116.070-ES, Primeira Seção, DJ 16/11/2010; e AgRg no Ag 1.372.520-RS, Segunda Turma, DJe 17/3/2011. REsp 1.337.790-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/6/2013. (STJ, 2013, on-line)

A menor onerosidade é um princípio expresso no CPC, e está no art. 805¹⁹, a qual traz em seu bojo uma pluralidade de meios de garantir a execução, competindo ao exequente a busca pela efetivação da sua satisfação pelo meio menos gravoso. Entretanto, no paragrafo único do referido artigo, possibilita que o executado venha demonstrar qual meio possível para a manutenção desse princípio, sob pena de ter mantidos os atos executivos já determinados. Para que seja escolhido o meio indicado pelo executado, não basta somente que este indique um meio menos oneroso, precisa que seja justificado como o mais eficaz para o caso em análise. Sendo assim, o STF considerou desnecessária a aplicação de astreintes quando o cumprimento da obrigação em específico for impossível, pois não se busca a vingança privada, mas a satisfação do direito do exequente. (NEVES, 2016)

Outro exemplo de como se comporta a menor onerosidade está previsto no art. 835, do CPC de 2015, quando o Código menciona uma ordem para que se dê a execução por penhora, demonstrando a necessidade de garantir que o meio empregado não seja excessivo. (BRASIL, 2015; NEVES, 2016)

Para ilustrar esse princípio, traz-se a este trabalho uma decisão do STJ, formada em sede de Recurso Repetitivo, Tema 913, na qual o relator Ministro Marco Aurélio deu como improvido recurso que tenta levar ao cumprimento de sentença por penhora de cotas de fundo de investimento pela instituição financeira executada. (STJ, 2016, on-line)

A razão central do questionamento rodeava a substituição do meio dinheiro pelas cotas. O que o ministro entendeu, foi que se tratava de uma

¹⁹ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

onerosidade excessiva ao devedor, e em tese jurídica definiu que as cotas não teriam sentido amplo de dinheiro, a ponto de substituir a ordem de preferência legal, pecúnia, disposta no artigo acima mencionado, afim de, se garantir o cumprimento da menor onerosidade ao devedor. (STJ, 2016, on-line)

Tema Jurídico. A cota de fundo de investimento não se subsumi à ordem de preferência legal disposta no inciso I do art. 655 do CPC/73 (ou no inciso I do art. 835 do NCPC). II - A recusa da nomeação à penhora de cotas de fundo de investimento, reputada legítima a partir das particularidades de cada caso concreto, não encerra, em si, **excessiva onerosidade ao devedor**, violação do recolhimento dos depósitos compulsórios e voluntários do Banco Central do Brasil ou afronta à impenhorabilidade das reservas obrigatórias. (STJ, REsp. 1388642/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. DJe 06/09/2016) (grifo nosso)

A partir da análise do princípio da máxima efetividade do direito do credor e a menor onerosidade do devedor, vem este trabalho estabelecer uma harmonia entre estes dois princípios tão importantes no tema das tutelas executivas pondo a balança da dignidade da pessoa humana como norte para que os interpretes do direito possam garantir uma efetividade sem arbitrariedades. (SARLET, 2015)

De maneira que para Marco Ruotolo (2010) apud Sarlet (2015) conceitua dignidade em duas concepções: sendo uma guiada pelo ponto de vista do cristianismo, onde a dignidade é inata, ou ontológica, decorrendo da ideia que o ser humano é imagem e semelhança de Deus e por isso, já nasceria digno. E o outro conceito onde seria uma dignidade existencial, adquirida, é referente a uma forma de agir na esfera social baseada nos critérios cristãos. Assim era como muitos acreditavam a respeito do que seria a dignidade da pessoa humana na Idade Média.

E por se basear nessa premissa de ser semelhança de Deus, e a forma de se expressar livremente em sociedade, se autodeterminar, é que Mirandola (1986) apud Sarlet (2006, p. 32), explica:

[...] ao justificar a ideia da grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que, sendo criatura de Deus, ao homem (diversamente dos demais seres, da natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgado uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice,

dotado de capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer ou deseja. (SARLET, 2015, apud MIRANDOLA, 1986, p.32)

Para Sarlet (2006) compõem acerca das acepções jusnaturalista de Kant dizendo que o fundamento da dignidade humana está representado na autonomia da vontade e agir mediante as considerações da lei, para ele isso constitui a ideologia de seres racionais. E Kant vai mais além, dizendo que a dignidade está acima de qualquer preço, pois se no mundo dos fins, o resultado final pode ser fungível, isto corrompe o valor da dignidade. A dignidade está acima de qualquer valor, portanto uma concepção mais laica e racional.

Em Sarlet (2006) há uma mudança na concepção de dignidade conquistada após Hegel, séc. XIX, dissociando a ideia de dignidade inata e propondo uma nova visão onde o homem se torna digno quando assume sua condição de cidadão.

Definir dignidade tem sido uma busca exaustiva de vários doutrinadores e da jurisprudência ao longo dos anos, entretanto, Sarlet (2006), p. 60 vai propõe:

[...] da dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva, reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir, as condições existenciais mínimas para a condição saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p. 60).

Conforme o autor acima mencionado a dignidade é algo irrenunciável e inalienável, não podendo o ser humano dela se dissociar, pois esta se afirma quando é reconhecida por todos os seres humanos, respeitando, promovendo e protegendo o núcleo: ser humano. Neste sentido o Sarlet (2006) explicando através de José Afonso da Silva, menciona “é a dignidade de todas as pessoas, mesmas aquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”. (SARLET, 2006, p. 44)

Entretanto, é posto que a dignidade da pessoa humana é uma garantia das pessoas físicas, mas também se amplia às pessoas jurídicas pois para

Carvalho Santos (1992) apud Teixeira (2018, p.13) “a palavra pessoa, no sentido jurídico, não exprime somente, como em linguagem vulgar, a ideia do ser chamado homem, mas abrange também o ser coletivo, composto de muitos seres singulares”. E mediante este sentido amplo da palavra pessoa poderá haver decisões no ordenamento jurídico que resguardem a pessoa humana física ou natural, mas também jurídica, pois ambas são titulares de direitos e deveres no ordenamento jurídico que se impõe. (TEIXEIRA, 2018)

De modo semelhante Teixeira (2018, p.13) mencionando as lições de Diniz, informa:

[...] o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito” [...] “é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor o poder de intervir na produção da decisão judicial. (TEIXEIRA, 2018, p. 13)

Assim, é possível afirmar que o as normas que integram o Código de Processo Civil de 2015, bem como a doutrina e jurisprudência tem trabalhado juntas para garantir que mesmo que estes princípios, *a priori*, colidentes possam estar sendo analisados e interpretados caso a caso, a fim de estabelecer no caso concreto um modelo razoável e proporcional. (TEIXEIRA, 2018)

Em conformidade com o que foi demonstrado nesse capítulo, a respeito da principiologia das tutelas executivas vem o Superior Tribunal de Justiça em decisão de Habeas Corpus – HC 392.521/SP,²⁰ no qual a Relatora foi a

²⁰ PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ALIMENTOS DEVIDOS A EX-CÔNJUGE. INADIMPLEMENTO. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. O texto constitucional e os comandos infraconstitucionais que lhe detalham, somente admitem a prisão civil de devedor de alimentos quando o inadimplemento colocar em risco a própria vida do credor-alimentado. A prisão civil por dívida de alimentos não está atrelada a uma possível punição por inadimplemento, ou mesmo à forma de remição da dívida alimentar, mas tem como primário, ou mesmo único escopo, coagir o devedor a pagar o quanto deve ao alimentado, preservando, assim a sobrevivência deste, ou em termos menos drásticos, a qualidade de vida do alimentado. [...] **a prisão civil só se justifica se: i) for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos; ii) atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil - garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevivência do alimentado - e; iii) for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor.** [...] sob pena de prisão civil, é excesso gravoso que refoge aos estreitos e justificados objetivos da prisão civil por dívida alimentar, para desbordar e se transmutar em sanção por inadimplemento, patrocinada pelo Estado, mormente na hipótese, quando é sabido que o alimentante tem patrimônio passível de expropriação, fórmula até hoje não cogitada para a

Ministra Nancy Andrigli, diante da terceira turma recursal, na qual se posicionou em voto a favor do princípio da máxima efetividade. (STJ, 2017, online)

A relatora expôs que a prisão civil é uma exceção constitucional e que na possibilidade de infringir a menor onerosidade, não deveria ser utilizada. Visto que nesta, traz alguns requisitos da ponderação realizada por ela afim de garantir a dignidade da pessoa humana, que neste caso se refletia no interesse do menor contra o interesse do alimentando. (STJ, 2017, online)

Portanto, conclui-se acerca do conteúdo ministrado neste capítulo sobre os dois princípios que garantem a satisfação da tutela executiva, estes possuem um viés de garantias para ambas às partes, tanto credor quanto devedor.

Porém, faz-se necessário que sejam ponderados estes princípios a fim de prosperar a dignidade da pessoa humana, seja esta, da pessoa física ou jurídica. Conforme disposição legal dos art. 489, §2º do CPC de 2015, que profere nos títulos dos elementos da sentença no caso de colisão de normas, ponderá-las e ressalta-se segundo o art. 8º do CPC de 2015 que determina a promoção da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2015)

Dentre os princípios da máxima efetividade e a menor onerosidade deve se fazer lembrar que o código também estabelece outras normas que ajudaram ao interprete da lei a chegar numa pretensão satisfativa e que deverá ser analisado *pari passo*.

satisfação do crédito perseguido. Ordem concedida para restringir o decreto prisional ao inadimplemento das três últimas parcelas do débito alimentar. (HC 392.521/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) (grifo nosso)

4. A PONDERAÇÃO DOS JUÍZES

Ao analisar a obra de Robert Alexy e seus comentários acerca da ponderação, observa-se a classificação deste autor diante do conflito de normas e a colisão princípios, a fim de entender o que futuramente será abordado sobre o art. 139, IV, CPC de 2015. Entende-se por importante esta obra frente à comparação com os estudos de Lênio Luiz Streck (2013), para chegar a intenção do legislador ao propor no art. 489, §2º do CPC de 2015 quanto a ponderação, e estabelecer o nexo entre os princípios e a hermenêutica jurisdicional brasileira (STRECK, 2013; ALEXY, 2014; BRASIL, 2015).

Segundo Robert Alexy, em seu texto da Teoria dos Direitos Fundamentais, esta obra propõe-se a estabelecer um método de ponderação para princípios e regras, destacando que ambos são normas. Dada à vênia, os princípios são normas com um grau de generalidade muito elevado, e para o mesmo, são mandamentos de otimização e determinam uma satisfação em graus variados. Os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2014, p. 91).

Assim também Alexy (2014, p.92) conceitua: “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, contendo citações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Propondo-se a diferença entre regras e princípios mediante o critério qualitativo, ou seja, em busca da satisfação e não algo que se limita a diferenciação de graus, isto é, apenas dados quantitativos (ALEXY, 2014).

Na existência de conflito de regras, a diferença se dará com a inserção de uma cláusula de exceção para dirimir os conflitos. Na possibilidade de se perpetuar sem solução, uma das regras deverá ser considerada inválida e rejeitada do ordenamento jurídico, pois se uma norma é válida e se aplica ao caso concreto, por conseguinte sua consequência é válida (ALEXY, 2014).

Dito de outra forma estabelece que se uma norma se aplica ao caso concreto, não pode coexistir em um ordenamento outra norma que também

seja considerada válida sobre o mesmo fato. As regras não podem ser ambas, antagônicas, determinantes do mesmo fato e, ainda, desta forma, válidas. Posto assim, a necessidade de declaração de invalidade de uma dessas regras, e por consequência a validade da outra regra (ALEXY, 2014).

Da colisão de princípios, a solução não se dará na anulação de um princípio em detrimento de outro, mas da precedência de um princípio sobre o outro, analisado frente ao caso concreto. Deste modo, interpreta-se a tese do autor frente aos pesos dos princípios, que este considera evidente no caso concreto, e como se estabelecerá após um juízo de ponderação. Nisso, estabelece uma fórmula (P1 P P2) C, sendo neste sentir: (P1) é um princípio; (P) é sua precedência, ou maior valor; (P2) é outro princípio que colide com o primeiro; e (C) são as condições determinantes do caso concreto. Esse sistema se impõe de forma a simplificar “os pesos” de um conflito no caso concreto (FILHO; BACK, 2018 apud ALEXI, 2011).

[...] se esse sopesamento levar á conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2 ° § 2°, I. da constituição. (ALEXY, 2014, p. 96).

Deste modo, a ponderação em Alexy (2014) se baliza dentro do princípio da proporcionalidade sendo importante fazer considerações sobre esta e suas características. A proporcionalidade procede de três premissas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, "no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais". A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios. (ALEXY, 2014, p. 116-117)

Quando se fala em proporcionalidade em sentido estrito este termo deriva do conceito inicial sobre princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Quando se refere à necessidade e a adequação, estas, resultam da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2014). Do exame da necessidade se contempla na execução pelo meio que interfira de forma que não haja outra medida cabível, significando dizer, portanto, uma medida necessária. Já adequação se propõe a investigar o meio empregado na realização do princípio e se esse alcança seu objetivo. Sendo mínimo a lesão e atingindo o objetivo, declara-se o meio adequado. (FILHO; BACK, 2018 apud ALEXI, 2011)

O caminho para se chegar à decisão, percorre o mister do sopesamento, pois diferente das regras que podem ser válidas e inválidas, os princípios derivam de normas de direito fundamental, e esses são sempre válidas. Tratando o assunto da ponderação em Alexy, como matéria de análise entre a colisão de princípios, sendo um satisfeito e o outro não-satisfeito. Passando a comparar o grau de afetação diante do caso concreto determinando sua importância no resultado jurídico, será objeto desse sopesamento encontrar que princípio prevalece sobre o outro. Assim, relativiza-se um princípio em detrimento de outro (FILHO; BACK, 2018 apud ALEXI, 2011).

O método de Alexy se consolida por critérios que todo julgador que o utilize chegue ao mesmo resultado, pois apesar de subjetivo ao caso concreto, é objetivo quanto às características de sopesamento, por ele designadas. Todavia, o que de fato acontece no Brasil, principalmente com os juízes que se utilizam da palavra ponderação, não se tem a mesma conotação que o autor empregou no seu texto, pois o mesmo caso pode ter resposta diferentes frente ao caso concreto. Visto que os juízes utilizam da palavra ponderação para legitimar suas arbitrariedades, com isso, vem a comprometer a coerência e integridade do sistema jurídico. (TRINDADE; MORAIS, 2015)

Como pode ser apurado a extensão na obra Alexiana, e que não se pretende exaurir seus conhecimentos neste trabalho, apenas estabelecer um nexos entre a ponderação desse autor e os métodos para interpretar o sistema

constitucional alemão e abordar a ponderação brasileira. A ponderação não deve se basear em retrocessos jurídicos, mas num sistema hábil em que protagonize, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. (FILHO; BACK, 2018 apud ALEXI, 2011)

No Brasil, temos um panorama em que a ponderação é a regra, e não um princípio, e sua aplicação é considerada na maioria dos casos como abusiva, segundo Filho e Fuzari (2016). Já em Streck (2015), este diz que os modelos dos Códigos de Processo Civil anteriores estão baseados no livre convencimento e livre apreciação dos julgadores, e ilustra que em Carnelutti, Couture, Liebman, Menger, Oskar Bulow a solução dos processos estava no protagonismo judicial. Conforme estes doutrinadores que seguem essa corrente do livre convencimento os magistrados não estão presos somente aos laudos periciais, ou mesmo ao texto formal da lei, mas passam a considerar o caso concreto com base nas suas convicções pessoais. (FILHO, FUZARI, 2016)

O CPC de 1973, no seu art. 436, corrobora para a ideia do livre convencimento do magistrado quando alude para a tese da liberdade do julgador, ao formar seu convencimento dispensando a produção de prova pericial para a comprovação dos fatos. Já o CPC de 2015, no seu art. 479, expressa a necessidade do julgador em motivar a dispensa de prova pericial, destarte, o código mais recente atua mecanismos que impeçam e superem o protagonismo judicial que não se baseia em critérios legais para compor a sentença (FILHO, FUZARI, 2016; BRASIL, 1973; BRASIL 2015).

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.
Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito (BRASIL, 1973; BRASIL 2015).

Por muito tempo, no Brasil houvera interpretações que admitiam a tese do protagonismo judicial ou ativismo judicial como benesses da democracia, conforme acima mencionado, essa teoria acreditava na consolidação de direitos fundamentais. Entretanto, isso potencializou alguns resultados

colaterais, como a ampliação de competências. Contudo, outra parte da interpretação normativa brasileira caracteriza o ativismo judicial como uma forma de interferência “política direta e imoderada, sendo este o ativismo judicial propriamente dito, em que se vê o aviltamento do subjetivismo da discricionariedade do julgador” (TASSINARI, 2013, apud FILHO, FUZARI, 2016, p. 129).

Streck, 2011 apud Filho e Fuzari, 2016, propõem o desafio da superação da discricionariedade do juiz, pois segundo este se trata de um problema na interpretação da sua estrutura, no que menciona as teorias que se nomeiam pós-positivista ou neoconstitucionalista. Lenio Streck critica que os doutrinadores atuais não sabem discernir ao certo o que Kelsen quis dizer com Neopositivismo, e desconhecem sobre essa teoria se determinar por dois planos: o da ciência e o da aplicação.

Diante disso, Streck (2011) apud Filho e Fuzari (2016) contrapõem utilizando Kelsen para argumentar que sua tese da moldura do plano do direito, ao formular sentença judicial correta não se baseia somente em considerar a lei. E a lei, segundo este autor, não é o único caminho para a sentença judicial, pois para ele a sentença tem capacidade de produzir várias soluções. Isso se dá pela sentença não ser baseada somente com escopo numa norma individual, mas numa norma geral e seus efeitos podem ser modulados além da lei, pois no plano da aplicação há espaço para elementos como a moral.

Conclui Streck que alguns teóricos não entenderam o posicionamento de Kelsen e sobre como este se sobrepujar ao positivismo exegético e tendem na ampliação da discricionariedade. E, conforme as teorias que se posicionam a favor da subjetividade do julgador, estas podem possibilitar o alvedrio do ativismo judicial de decisões discricionárias. (TASSINARI, 2013, apud FILHO, FUZARI, 2016).

Segundo Streck (2013) se utiliza dos comentários de Ronald Dworkin para confrontar o discricionaríssimo dos magistrados e como esses se comportam frente aos casos difíceis, sendo para este autor a discricionariedade algo problemático, já em Alexi, traz Streck que a discricionariedade é elemento intrínseco das justificativas alcançadas pelo seu

método de ponderação, e sendo positivo ao magistrado interprete da norma, crítica Streck que em Alexy a discricionariedade na ponderação é algo necessário. (STRECK, 2013)

No presente contexto de Constituições baseadas em valores sociais e contratuais, o pós-positivismo pretende estabelecesse frente a hermenêutica a fim de dar a lei rígida um sentido que se complete ao mundo prático, pois não se trata apenas de uma ciência de enfeite. A hermenêutica não se trata de um método de estabelecer um sentido mais amplo, ou um sentido a menor, pois isso seria derivado de uma metodologia discursiva que não condiz com questões reais. (STRECK, 2013)

Para Streck (2013), é possível afastar que várias teorias têm criado procedimentos de argumentação insatisfatórios.

O que tais teorias não levam em conta é a relevante circunstância de que, antes de qualquer explicação causal que resolveria *easy cases*, existe algo mais originário, que é a pré-compreensão, forjada no mundo prático. Em outras palavras, antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, “a linguagem não depende de quem a usa” (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade (STRECK, 2013, p. 346)

Diante disso, a questão apresentada que se desenrola da difícil questão que contrapõe a discricionariedade na interpretação dos “casos difíceis” onde não deve ser pressa a teorias que invocam a subjetividade, o qual representaria um direito cheio de cláusulas abertas e principiologismos. Para Streck, o Brasil por muito tempo se utilizou de técnicas de argumentação que o amarra a um subjetivismo que enseja na discricionariedade, conforme é exposto na obra *Alexiana*.

A questão que para Streck fica clara é que mesmo ao utilizar da metodologia empregada do pelo Robert Alexy para justificar as decisões judiciais, o julgador deveria utilizar com bases em toda a estrutura do pensamento do autor, o que para Streck na realidade do Brasil os magistrados não aplicam na integralidade. Gerando, assim, sentenças que são dilemas ao direito, constituindo que na própria teoria dos direitos fundamentais os critérios

para determinar graus de otimização são vagos, o que possibilita a discricionariedade.

Para este autor, que é um exímio crítico da teoria da argumentação, fica claríssima a distância entre essa teoria, o que se propõe presente no mundo dos fatos e no mundo do ser.

Mais ainda, parece não restar dúvida de que, afinal, a ponderação é um *procedimento* e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto; só que a única possibilidade de “controle” se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele; *quem decide, quem valora, ao fime ao cabo, é o sujeito* (que não é o sujeito da intersubjetividade, porque este não está na pauta da teoria da argumentação jurídica exatamente pela cisão feita entre subsunção e ponderação e entre casos fáceis e casos difíceis; o sujeito é, pois, o do esquema sujeito-objeto), que não consegue se livrar das amarras solipsistas, na medida em que toda reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento. Na resolução dos assim chamados “casos difíceis” (porque, segundo o próprio Alexy afirma, os “casos fáceis” são solucionados pela aplicação da subsunção), torna-se clara a aposta na aposta em fatores exógenos ao direito, valendo lembrar a tese constante em “La institucionalizacion de la justicia”. (STRECK, 2013, p. 349)

Ou seja, define que a ponderação é um método responsável por dar legitimidade a decisões que se apresentem diante do caso concreto. Sendo o interprete da lei que irá decidir, e ao mesmo tempo dar valor a esta lei na aplicação no caso. De mesmo modo, esse interprete convencionou que quando o método será aplicado aos casos fáceis e difíceis, ou seja, subsunção e ponderação, respectivamente.

Ao questionar a obra Alexiana, o filósofo Lenio Luiz Streck (2013) diz ser possível detectar o obstáculo central do mundo do direito, e segundo o autor, e este define o tema em dois pilares: dimensão real ou fática e dimensão ideal ou crítica do direito. No que tange à dimensão real, é marcada por características de publicação e aplicação que relaciona a produção de efeitos da competência jurídica. No que tange à dimensão ideal o direito por si só não soluciona todas as questões devendo assim se sub-rogar da moral, pois Alexy quanto à interpretação dos casos difíceis, “o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões que não propriamente aquela extraída do direito, especialmente as considerações de justiça” (STRECK, 2013, p. 350).

E ao estabelecer critérios subjetivos como moral, justiça, costumes para interpretar juntamente com a lei se mistura procedimentos do mundo real com procedimentos do mundo jurídico e assevera que em Alexy, há esse defeito na sua teoria argumentativa. (STRECK, 2013).

Na tese de Streck este entende que a hermenêutica é o composta por um ciclo que protege ordenamento jurídico de relativismo, sendo um lugar mais avançado para se interpretar o direito e aplicá-lo, sem espaço para classificações de casos difíceis ou fáceis. Desmistificando visão de proporcionalidade imposta no método alexiano, cuja solução se baseia no juízo de ponderação nos casos difíceis e dedução ou subsunção nos casos fáceis. O que Streck afirma é que tanto o interprete da norma quanto o interprete positivado são discricionários, caracterizando, assim, como um método atrasado, apesar de sua complexidade e ajuda a fornecer o juízo de valor do interprete (STRECK, 2013).

Mutatis mutantis, denominado esse poder de “resolver os casos difíceis” de “poder discricionário” (Hart) ou de “recurso às questões de justiça”, que, ao fim e ao cabo, são questões morais (Alexy), é a esse problema que me refiro quando critico o esquema sujeitoobjeto. **Entender que a discricionariiedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariiedade não se relaciona bem com a democracia.** Essa, aliás, foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart. E essa questão continua na ordem do dia, mormente em países como o Brasil. Com efeito, as teorias que pretenderam resolver esse problema da (in)determinabilidade do direito, dos casos difíceis, das vaguezas e das ambiguidades próprias do ordenamento jurídico, ao apostarem nesse subjectum da interpretação jurídica, não conseguiram alcançar o patamar da revolução copernicana proporcionada pela invasão da filosofia pela linguagem (STRECK, 2013, p. 354) grifo nosso.

Ao explicar Alexy, Streck (2013) relaciona que as decisões da Suprema Corte Brasileira que se baseiam no método alexiano, não o seguem por completo e se justificam com no argumento de seres normas de direito fundamental. Como se isso bastasse, pois o que de fato é que o resultado a questão de direito, no caso concreto é solucionado por uma regra, e não o principio. Nas palavras do próprio Alexy: “Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a

estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” nas palavras de Alexy (2011) apud Streck (2013) p. 357.

De modo diverso, nas disciplinas introdutórias ao estudo do direito dispõem que a lei é uma norma geral e genérica, por isso é possível de envolver vários casos concretos naquilo que se assemelham. Destarte considera as regras como normas abertas e elásticas. No entanto, quem defende que as regras fazem parte de um sistema fechado e rígido, escorrega numa intensificação valorativa dos princípios e o que os possibilitam amplitude. (STRECK, 2013)

Por isso, defendo que os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham/limitam. Os princípios (re)inserem a faticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito (STRECK, 2013, p 358).

Consoante Streck (2013), compõem que a jusfilosofia de Dworkin com a jusfilosofia de Hart, pois para o primeiro, a solução já esta previamente estabelecida na norma; e para o segundo, há varias interpretações variáveis, ampliando, assim, a linguagem da norma, possibilitando ao juiz criar o direito, e não somente aplicar.

Neste sentir, o ordenamento jurídico é composto por princípios e regras, e assim é forma como este se apresenta socialmente para solucionar os conflitos. E na existência de um caso que preceda no mundo real e não exista no mundo do direito, e ainda que sua solução não esteja prevista, este caso não ficará sem uma resposta do direito, sempre haverá um princípio fundamental que o solucione. De acordo com Streck, este não nega os princípios, mas ressalta a forma de ponderação como algo perigoso, e passível de arbitrariedades, em virtude do seu subjetivismo proposto ao interprete da norma. (STRECK, 2013)

O Código de Processo Civil de 2015, apresenta no art. 489, no seu §2º, sobre a colisão de normas, entretanto se for levado em literalidade o conceito da palavra norma, conforme Alexy (2014) seria necessária uma ponderação de

regras e princípios. Vê-se, portanto, que este artigo está levando o interprete a acometer alguns erros, pois na possibilidade de ponderar regras se estaria de frente a um método de invalidação destas, instrumento jurídico errado a medida que para invalidar regras seria necessário um controle de constitucionalidade da norma e não uma simples regra de ponderação. Se aplicando apenas a ponderação de princípios, pois princípios colidem, regras se conflitam. (STRECK, 2013; ALEXY, 2014; BRASIL, 2015)

Com isso, demonstra-se que o CPC de 2015 além de estabelecer uma ponderação com um sentido aberto dando ao art. 139, IV, poderes que vão ser discutidos no próximo capítulo. Frisa-se a necessidade de delinear os critérios que em os juízos podem se basear num Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2013; ALEXY, 2014; BRASIL, 2015)

Concluiu-se em análise que para Alexy e Streck o ordenamento jurídico será composto por princípios e regras, mas que para os dois haverão casos difíceis e fáceis ou na linguagem de Streck, anômalos, em que será necessário que o ordenamento jurídico dê respostas. A resposta de Alexy está para a ponderação de princípios, e para o conflito de regras sua invalidade ou validação frente ao caso concreto. Já em Streck, o que se vê é a necessidade de critérios mais objetivos para que o julgador pondere visto que a sua solução vem da hermenêutica, do estudo comprometido do interprete da lei e não se basear em critérios solipsistas, onde sua vontade é o que mais importa. (STRECK, 2013; ALEXY, 2014; BRASIL, 2015)

5. OS LIMITES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste capítulo serão trabalhadas as medidas atípicas e como elas têm possibilitado a efetividade da prestação jurisdicional. Esta parte se faz de elementos da atipicidade e como tem sido encarado a atipicidade pela doutrina e jurisprudência, sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

O atual cenário jurídico posterior ao Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) sofreu uma série de mudanças, como foi demonstrado aqui neste trabalho monográfico. Em que pese algumas dessas mudanças terem sido geradas em virtude da necessidade de efetivação e celeridade da máquina Judiciária estatal. Streck e Dierle (2016) atribuíram ao contexto social do Código de 1973, a máxima de senso comum “ganhou (processo de conhecimento), mas não levou (processo de execução)” para definir o que antes se estabelecia. No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 vem o mudar essa máxima, e buscar a efetividade nos meios executivos. (STRECK; DIERLE, 2016; NEVES, 2016)

Segundo Neves (2016, p. 986) “é pelos meios executivos que o juiz tenta, no caso concreto a satisfação do direito do exequente”. E dentre a vasta possibilidade de meios executivos típicos que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, é inviável, a um único trabalho exaurir todas as inúmeras provisões, e não é objetivo desse trabalho, apesar da breve tentativa feita o capítulo 2. Destaca-se que dentre o rol que se prescreve no código, existe uma vasta riqueza em possibilidades de buscar a efetivação dos meios executivos.

Entretanto, segundo Neves (2016, p. 986) ao se referir art. 536, do CPC de 2015 diz que “apesar de bastante amplo o rol legal, a doutrina é pacífica no entendimento de se tratar de rol meramente exemplificativo, podendo o juiz adotar outros meios executivos que não estejam expressamente consagrados em lei”, explicou dessa maneira este autor ao se referir do art. 536, do CPC de 2015.

A inovação das medidas atípicas, para alguns doutrinadores, princípio da atipicidade, para outros, cláusula geral de efetivação, não é tão novidade

assim. Também corrobora para essa visão Didier (2017, p. 100) dizendo que “o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade”.

Em contraposição a essa perspectiva jurídica que aceita a atipicidade no código, Araken de Assis, 2015, apud Didier 2017, p. 101 diz:

Araken de Assis, em sentido oposto, entende que não se pode falar em *atipicidade* das medidas executivas. Para ele, tal interpretação do art. 536, § 1º, CPC, seria inconstitucional por violação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que impede que o sujeito seja privado de seus bens sem a observância do devido processo legal. Entende que é “ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra”. E conclui: “nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade” (DIDIER, 2017, p 101)

Porém, reforça-se que estas medidas já eram tomadas e utilizadas anteriormente no Código de Processo Civil de 1973, e estavam representadas no art.461, §5º²¹, quando o legislador deste código se utiliza da palavra “tais como” antes de determinar as medidas sub-rogatórias ou indutivas. Veja que não há necessidade de ser nenhum pleno conhecedor das normas de português para perceber que estas palavras mencionadas acima sob (“)aspas, induzem a ampliação do sentido da norma, ao invés de restringi-lo de forma taxativa. (BRASIL, 1973; NEVES, 2016)

Essa conotação extensiva se perpétua no Código de Processo Civil de 2015, no art. 536, § 1º quando o legislado põe: “o juiz poderá determinar, entre outras medidas”, ou seja, pode-se perceber a necessidade do legislador colocar no mesmo artigo que falaria dos meios típicos uma possibilidade de ampliação para a conjugação de outras meios atípicos. (NEVES, 2016)

²¹ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (BRASIL, 1973)

Outra cláusula extensiva ou atípica é o art. 297²² do CPC de 2015 que dá assistência ao juiz nas tutelas provisórias, que permite buscar efetividade em meios atípicos. Complementa que a efetivação da tutela provisória será atípica nos mesmos modelos da atipicidade da tutela definitiva, conforme os artigos 139, IV, e 536, §1º, ambos do Código de Processo Civil de 2015. (DIDIER, 2017; BRASIL, 2015)

Mais uma disposição de atipicidade está prevista no art. 139, IV, do CPC de 2015. A grande novidade deste dispositivo é a possibilidade de aplicar meios atípicos para efetivar as obrigações pagar, essa mudança só foi possível acontecer neste código, no anterior as atipicidades só se dariam nas obrigação de entregar, fazer e não fazer. (NEVES, 2016; BRASIL, 2015)

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Segundo Neves (2016, p. 986) “esse dispositivo claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independente da natureza da obrigação”.

Assim, é possível ter algumas mudanças que não se visualizavam com o Código anterior, e que já estão acontecendo nessa vigência, a exemplo da: suspensão de CNH – Carteira Nacional de Habilitação, apreensão de passaporte, impedimento de contratar novos funcionários na existência de dívidas trabalhistas, proibição de participar de empréstimos ou de licitações, bloqueio dos cartões de crédito, entre outras excepcionalidades. (NEVES, 2016)

Como alude Streck, Dierle, Freire e Nunes (2017), a grande preocupação deste tema das tutelas executivas atípicas, é a possibilidade de se permitir às interpretações normativas de juízos extremamente inventivos. Como foi explicado, esse princípio da atipicidade não é uma novidade do

²²Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

legislador de 2015, entretanto, a questão objetiva está na ampliação de poderes aos juízes dada por essa norma do art.139, IV, do CPC de 2015, se há de fato uma ampliação na efetividade, e se essa efetividade não esbarra em outros princípios, como a dignidade da pessoa humana. (NEVES, 2016)

É evidente que essa ampliação de poderes dos juízes também e abrange responsabilidades não podendo ser utilizada para determinar arbitrariedades que venham a contrariar os demais instrumentos normativos.

Não pode, por exemplo, determinar a prisão civil fora da hipótese do devedor inescusável de alimentos, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF. Tampouco poderá determinar que banda de música com camisetas com a foto do devedor o presiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida ou outras formas vexatórias de pressão psicológicas. (NEVES, 2016, p. 987)

É requisito para uma prestação jurisdicional, conforme art. 8º²³ do CPC de 2015 que o juiz atenda a razoabilidade, a imparcialidade e a proporcionalidade, e promova a dignidade da pessoa humana, entre outros. As medidas aplicadas não podem infringir a supremacia constitucional, as garantias fundamentais e individuais, a principiologia das tutelas executivas, pois o ordenamento jurídico civil apesar de se basear na satisfação efetiva, não busca a vingança. (BRASIL, 2015; NEVES, 2016)

Vale lembrar que no passado eram permitidas execuções que totalmente infringiam a integridade física, humilhantes e extremamente onerosas, e que hoje não se permite, graças a uma variedade de conquistas, inclusive a precedência da dignidade da pessoa humana e a menor onerosidade. (NEVES, 2016; THEODORO JUNIOR, 2012)

Em comum aos requisitos acima mencionados Didier (2017, p. 111) a escolha da medida típica ideal ao caso concreto é uma tarefa bastante difícil e deve atender uma série de proposições balizadoras “postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução”.

²³ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Segundo Neves (2016) para decisão ser efetivada não basta buscar da satisfação, mas existem limites que precisam serem considerados. Segundo Streck e Dierle (2016) devem haver limites interpretativos nas atipicidades, mas percebem que os juízes não consideram esses limites, colocando assim as decisões judiciais num patamar perigoso para a democracia, pois permite a deliberação de juízos criativos além da lei, o que faz questionar se vale qualquer coisa para buscar a efetividade.

Diante do caso concreto a decisão judicial tem limites, é uma matéria que se revela bastante difícil, mas existem limites balizadores para ajudar o interprete da lei. Dentre os princípios que valoram e norteiam as tutelas executivas em que pese a onerosidade do devedor e a máxima efetividade do credor, observar-se-á que esses princípios são extremamente relevantes diante do caso concreto. Porém, os princípios podem se colidir e frente a necessidade do caso concreto e precisar da ponderação dos juízes para se chegar a uma decisão, e para haver a aplicação da ponderação é imprescindível que o magistrado busque respeitar as demais fontes do direito que estão no ordenamento jurídico e que motive sua decisão. (NEVES, 2016; STRECK; DIERLE; FREIRE; NUNES, 2017)

Em Neves (2016) e Rodovalho (2016) estes acrescentam que devem ser estabelecidas duas premissas básicas antes de ingressar na seara da atipicidade: a primeira é que se tem o meio típico e o atípico, se utilizará primeiro o típico, para depois sair para as medidas atípicas. Utilizar as medidas atípicas só será cabível depois que ficar evidente a ineficácia das primeiras. E a segunda nega completamente a utilização dos princípios seja da menor onerosidade, ou seja, do princípio da utilidade para justificar que a execução prospere sobre o devedor sem justificar nenhuma eficácia. Isso seria uma forma de resgatar a vingança privada, que recaia sobre o corpo do devedor.

Em conformidade a esta premissa vem propor o Enunciado nº 12 do FPPC: (NUNES, SILVA, 2015)

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. **Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com**

observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (grifo nosso)

Corroborando para esse pensamento Rodovalho (2016) diz que a atipicidade deve ser exceção, a “*ultima ratio*” e não *prima*.

Deste modo, tratando-se de execução por quantia certa, as medidas naturais e típicas continuam a ser o desapossamento do devedor, é dizer, principia com a penhora e demais meios executivos naturais, conforme o caso (desconsideração da personalidade jurídica, v.g.), e não com a imposição de medidas indutivas e coercitivas. Frustradas essas medidas naturais, poder-se-ia, em tese, passar à aplicação das medidas atípicas. (RODOVALHO, 2016, sem página)

As medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que compelem o devedor sobre uma pioram na sua situação, exemplo a proibição de contratação de funcionários, só é eficaz se o devedor tem uma empresa. O meio precisa ser eficaz, visto que é garantia constitucional, conforme art. 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 1988) entretanto o meio deve ser hábil a produzir uma satisfação da prestação jurisdicional. Assim também, refuta-se que nas obrigações de pagar se não suficiência de recursos da parte devedora, tornar-se-á um constrangimento inútil e desmedido. (Neves, 2016; Rodovalho, 2016)

Completa Rodovalho (2016, não paginado) que essa “revolução silenciosa” tem sido feliz em buscar que credores que nas suas contas bancárias não tem nenhum dinheiro, mas dirigem bons carros, almoçam em bons restaurantes em virtude de ter sobre sua fortuna construída de maneira ilegal. Essas medidas, possibilitam que estes mesmos venham a sofrer sanções que possam garantir a efetividade, o que não seria possível somente com os meios típicos, como o bloqueio de cartões de crédito, ou mesmo a suspensão da CHN.

Já a questão da atipicidade em Streck e Dierle (2016) está no questionamento diante da falta de limites interpretativos isso pode possibilitar arbitrariedades dos interpretes da norma ao caso concreto.

Ocorre que a nova cláusula legal impõe novos desafios interpretativos que podem conduzir a uma análise superficial e utilitarista de busca de resultados que desprezem a necessária leitura constitucional. Ademais, põe em debate a base teórica por nós há muito discutida sobre a liberdade de julgar e da busca de accountability. Temos a convicção que não há essa liberdade. Para nós (com Dworkin), fazer

Teoria do Direito é levar isso tudo a sério, engajando-nos ativamente nesse empreendimento coletivo de dar sentido às práticas jurídicas, de rearticulá-las de modo íntegro e coerente, sob a melhor luz. As decisões públicas precisam prestar contas em relação aos princípios fundamentais da comunidade em que vivemos. (STRECK; DIERLE; FREIRE; NUNES, 2017, p. 224)

Segundo Streck e Dierle (2016) a satisfação das tutelas executivas sempre foi um problema no Brasil e para desconstruir as máximas de descrença no Judiciário, esta cláusula do art. 139, IV, do CPC de 2015 se põem efetiva, mas não deve depender de discricionariedades do interprete dessa norma.

Nas decisões “o magistrado, a julgar uma demanda, não pode mais se preocupar tão só com a declaração da parte vencedora, mas também deve pensar em como a decisão deve ser cumprida (efetivada) a partir de uma estrutura processual participada” para Streck, Dierle, Freire e Nunes (2017, p. 225). Esta explicação põe em cheque a função do processo de livre interpretação dos meios atípicos e fundamentam que a decisão deverá sofrer um processo mais refinado entre a construção do contraditório e o modo de execução, diante de haverem situações diferentes nos casos concretos.

Essa parte do conteúdo deste trabalho vem mostra que apesar das críticas acaloradas que esse instituto da atipicidade recebeu, seja no art. 139, IV, ou nos artigos. 297, e 536, § 1º, mas principalmente no art. 139, IV estes tem buscado efetivar de maneira plena o direito do sem desprestigiar a dignidade do devedor. (BRASIL, 2015)

Será observado como a no STJ suas decisões fundamentadas em ponderação de princípios que diante do caso concreto o magistrado tem concedido tutelas atípicas. Nesta parte estar a se observar o comportamento do STJ. A primeira se refere a um HC que questiona a suspensão da CHN.

O RHC 97.876-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018 RAMO DO DIREITO DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL TEMA Medidas coercitivas atípicas. **Suspensão da Carteira Nacional de Habilitação. Coação à liberdade de locomoção. Não configuração. Habeas corpus. Não cabimento.** DESTAQUE Não cabe Habeas Corpus para impugnar decisão judicial que determinou a suspensão de Carteira Nacional de Habilitação - CNH. INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR A jurisprudência desta Corte

Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, **todavia por via diversa do 136 habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.** (Informativo n. 631.) (STJ, 2018, ONLINE) (grifo nosso)

Pode-se perceber que nesta situação do informativo de jurisprudência acima, o ministro procedeu em favor de manter a suspensão da CNH, em virtude de não impedir totalmente a locomoção deste réu, somente se aplicando sobre a liberdade de dirigir, e por ele seria uma de buscar a efetividade do devedor. Entretanto, mesmo que a medida tenha sido coercitiva está não restringiu a locomoção, apenas garantiu que a efetividade se dê pela necessidade do réu ter seu documento com plena habilitação de volta, e um detalhe dessas sanções é que não possuem um caráter perpétuo, ou seja, o cumprimento da obrigação lhe possibilita a situação anterior. (STJ, 2018)

Explica Rodvalho (2016) que a apreensão da CNH não configura perda de um direito fundamental de ir-e-vir ou transporte, pois essa medida já se aplica em favor da Administração Pública em casos do devedor atingir o limite máximo e multas de trânsito, lembra também que existem muitos cidadãos que não dirigem, por falta de recursos financeiros, opção pessoal, ou o rodízio de veículos, ou seja, ficar sem dirigir não fere nenhum direito fundamental.

Segundo Neves (2016) a medida de suspensão de CNH não pode se estabelecer sobre devedor que tem como meio de subsistência a condução de automóveis, como o motorista particular, motorista de ônibus ou táxi.

Conforme Streck, Dierle, Freire e Nunes (2017) estes negam totalmente possibilidade da medida restritiva de direito como a perda da CHN ou passaporte, pois segundo estes se assemelha com as medidas tomadas do período ditatorial, onde no HC 45.232, julgado em 21.02.1968, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional norma que determinava que a simples prisão em flagrante e o

recebimento de denúncia seria motivo suficiente para suspender o exercício do emprego público ou privado. Segundo os autores mencionados são situações parecidas, e exageradas.

Outra decisão recente tomada em sede de Agravo em Recurso Especial nº 1.354.790/SP²⁴, publicada em 02/10/2018, em que o Min. Antonio Carlos Ferreira, inadmissão de recurso que buscava em execução de título executivo extrajudicial o bloqueio de cartões de crédito, apreensão de passaporte e suspensão da CNH dos executados. Na decisão o magistrado considerou como “atitudes excessivas e desproporcionais, a ofender o disposto no art. 8º do Código de Processo Civil” sendo uma medida ineficiente que pretendia apenas constranger o devedor. Veja que nesta situação o não se alcançava a máxima efetividade, e nem a menor onerosidade. (STJ, 2018)

Como o recurso interposto não poderia analisar questões de fatos, somente direito, o ministro considerou que as novas formas de buscar garantir a efetividade da execução não podem ultrapassar os ditames constitucionais. Utilizando Chiovenda (1993) apud Câmara (2016, p.89) “o processo deve dar

²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.790 - SP (2018/0222407-8). RELATOR: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA. DJe: 26 de setembro de 2018. Trata-se de agravo nos próprios autos interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial em virtude da falta de demonstração da afronta ao dispositivo legal arrolado e da falha na comprovação do dissídio jurisprudencial (e-STJ fls. 193/195). O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 117): EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL Pedido de bloqueio de cartões de crédito, apreensão de passaporte e suspensão da CNH dos executados Atitudes excessivas e desproporcionais, a ofender o disposto no art. 8º do Código de Processo Civil Medidas incapazes de satisfazer o crédito da agravante e que perfazem mero constrangimento ao devedor, não alterando a situação de inexistência de bens Indeferimento mantido Recurso desprovido. Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 145/162), interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF, o recorrente alegou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 139, IV, do CPC/2015. Sustentou, em síntese, que "eventual suspensão de CNH, Passaporte ou o bloqueio de cartões de créditos do devedor/recorrido não o impede de ir e vir, até porque, existem outros meios para se locomover, bem como, cartões de crédito não são meios de locomoção, sendo apenas uma medida que poderá forçar o executado a lembrar que tem débitos e que precisa quitá-los" (e-STJ fl. 156). No agravo (e-STJ fls. 198/212), afirma a presença de todos os requisitos de admissibilidade do especial. É o relatório. Decido. A insurgência não merece prosperar. O Tribunal de origem, com base no contexto fático-probatório dos autos, concluiu que as medidas requeridas (bloqueio de cartões de crédito, apreensão de passaporte e suspensão da CNH) eram "excessivas e desproporcionais, a ofender o disposto no art. 8º do Código de Processo Civil" (e-STJ fl. 140). Dessa maneira, a revisão de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PENHORA DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REAVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA [...] (STJ, 2018, online)

ao titular do direito, na medida do que seja possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de conseguir”, não se deve desprezar o direito do credor, e é constitucional garanti-lo, em outras palavras o art. 139, IV, do CPC, deve se dar efetividade de forma proporcional às outras garantias constitucionais.

Pode-se ver que os juízes tem visualizado com critérios o que tem sido pedido pelas partes do processo, visto que se deve proteger que essas modernas medidas não venha constituir direitos inconstitucionais. (STJ, 2018)

Dizendo mais sobre decisão acima, pois define que a questão pleiteada apesar de fundamentada no art. 139, IV, do CPC (BRASIL, 2015) ofende a efetividade que o mesmo procura. E conforme Neves (2016) a execução não deve ser feita na busca de desforra, ou vingança. O cumprimento da prestação jurisdicional se esbarra na promoção da dignidade da pessoa humana, e está é uma finalidade que se promove por ela mesma existir.

Ao analisar a questão da apreensão do passaporte só seria efetiva se, conforme Rodvalho (2016, sem página):

Assim o é, pois, salvo situações especiais (refugiados, p. ex.), há a necessidade de demonstrar condições financeiras, de estadia e retorno para ser admitido no país de destino. Ou seja, pressupõe uma condição financeira que o devedor justamente diz não possuir. Sem embargo dessa consideração, esse ainda é um ponto que merece uma reflexão mais acurada, sendo essa apenas uma primeira impressão.

Assim ao examinar por fim, a regra do art. 139, IV, do CPC de 2015, faz-se possível definir alguns pontos importantes deste dispositivo na sua aplicação.

Assim como os demais autores aqui mencionados, foi demonstrado que a busca da efetividade no Poder Judiciário tem um preço, e que muitas vezes é pago com infração da dignidade da pessoa humana. O problema não é empregar meios típicos e atípicos, é perceber que a decisão judicial precisa trilhar um caminho longe dos moldes anteriores de invasão na integridade física, ou mesmo com medidas que só sejam criativas, mas sem um resultado útil ao processo. (DIDIER, 2017; STRECK, DIERLE, 2016)

As medidas atípicas tem proporcionado uma ampliação nos resultados do processo, uma majoração do poder dos juízes, mas segundo Didier (2017) as medidas que o judiciário venha alcançar precisam ser adequadas, necessárias e conciliadoras dos interesses contrapostos.

Uma medida adequada é quando o juiz traz uma consideração genérica entre a relação de meio e fim, da medida executiva e o resultado obtido, viabilizando procedimentos que geraram um resultado propício. Neste critério se enfatiza a busca da efetividade o processo com o prisma na satisfação do credor. (DIDIER, 2017)

É improvável que a multa coercitiva de baixo valor gere algum temor no sujeito que tem altíssima capacidade financeira, assim como é improvável que a multa surta algum efeito em quem não tem patrimônio algum. Às vezes, a intervenção judicial na empresa ou a divulgação de anúncio publicitário dando conta de que a empresa descumpra ordem judicial podem ser mais eficazes que a multa coercitiva. (DIDIER, 2017, p.114)

Conforme Didier (2017, p.114) desta importante responsabilidade que é a decisão baseada na atipicidade, o julgador não pode olhar somente o ponto de vista do credor do resultado almejado “é preciso que essa medida gere o menor sacrifício possível para o executado”, ou seja que seja adequada. E por fim, a medida deve se promover o equilíbrio e na conciliação de dos dois lados interessados produzindo um resultado proporcional, eficiente e razoável. O processo seja na fase de cumprimento de sentença ou processo autônomo conciliar o resultado almejado com as especificidades do caso concreto. (DIDIER, 2017)

A doutrina ratifica sobre a necessidade o diálogo entre o ordenamento jurídico e os meios executivos atípicos, dada a uma importância das decisões judiciais baseadas no caso concreto, mas que emanam jurisprudências com efeitos *erga omnes*, por isso a ressalva de limitar esse tema. Acontece que primeiramente se refere a uma relação credor e devedor, exequente e executado, mas entre esses se tem o ser humano, seja ele pessoa física ou jurídica e se tem a sociedade, que vai absorver essas informações que essas cláusulas de efetividade de extrema importância sejam utilizadas com as

devidas vênias processuais. (NEVES, 2016; STRECK; DIERLE; FREIRE; NUNES, 2017)

Por fim, dentre estas vastos ressalvas que a doutrina faz dos meios atípicos, o STJ, mediante várias provocações do tema vem propor:

[...] Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja **necessária, lógica e proporcional**. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, **a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório**, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. (STJ, 2018, online) (Grifo nosso)

E conclui-se que segundo o STJ, em decisão recente de 05 de junho, de 2018, o Ministro e relator, Luis Felipe Salomão consolidou o entendimento das medidas atípicas em sede de informático jurisprudencial 931, julgando o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 97.876-SP, propôs que são requisitos cumulativos a decisão desse tema: a medida deve ser necessária, lógica e proporcional, e a decisão fundamentada e sujeita a contraditório.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, pode-se perceber que o ser humano no seu ambiente social quer estar em harmonia nas suas relações sociais, e acredita-se que não há nada mais angustiante do que estar sob o polo de uma ação na condição de devedor e não ter condições financeiras para quitar suas dívidas ou igualmente estar no polo de credor e não ter como receber o que lhe é devido. Trata-se de uma relação recíproca, na qual ambos querem a prestação jurisdicional, mas o caminho que estes percorreram para a satisfação de suas pretensões é a matéria das tutelas executivas, e estas se baseiam nas regras do CPC como também, nos princípios que a adornam.

É possível que o ordenamento jurídico seja pleno na satisfação executiva, pois segundo Streck e Alexy, mesmos os casos difíceis não devem ficar sem solução, pois através de técnicas de ponderação o juiz que percebeu a deficiência de completude nas regras, poderá chegar a decisão com base nos princípios.

Nas tutelas executivas foi demonstrado que estas têm precedência com os princípios da máxima efetividade e menor onerosidade e que estes não podem desrespeitar o limite da dignidade da pessoa humana.

O CPC de 2015 (BRASIL,2015) apesar de inovar com a ampliação das cláusulas de efetividade ou princípio da atipicidade não permitiu que o magistrado se colocasse acima das demais regras que estão presentes no ordenamento jurídico, portanto, para se garantir a prestação da satisfação o juiz deverá procurar o meio mais razoável e proporcional ao caso específico.

Conclui-se que o ordenamento jurídico tem evoluído e cada dia mais, tem as Cortes Superiores de Justiça defendidos a favor da efetividade jurisdicional, sob o viés da dignidade da pessoa humana que traz o limite às atipicidades executivas de forma a garantir que as pessoas, seja ela física ou jurídica, respondam dentro do conjunto legal e principiológico existente no ordenamento jurídico, de forma que deve o CPC atender aos fins sociais e não apenas questões de crédito. Nesse contexto, tampouco deverá ser desprezada a efetivação dos meios típicos e atípicos.

Conforme o exposto ao longo desse trabalho, as atipicidades não podem ser definidas em uma única medida, mas foi possível observar que elas não têm um rol taxativo, mas mesmo assim, o Poder Judiciário, responsável pela prestação jurisdicional, tem buscado alcançar essa realidade imposta pelo código processual e trabalha-la em diversos casos concretos a fim de dar a maior efetividade possível.

7. REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil** / Marcelo Abelha. 5º Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2015. 631, p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. 4º ed. Editora Malheiros editores LTDA. São Paulo. Reimpresso em 2014. P. 673.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Decreto-lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. GETULIO VARGAS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De1608.htm >. Acesso: 05/10/2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Emílio G. Médice. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso: 05/10/2018.
BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº13.105**. Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. DILMA ROUSSEFF
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

BRASIL. LEI Nº 7.244, DE 7 DE NOVEMBRO DE 1984. João Figueiredo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm>. Acesso: 05/10/2018.

CÂMARA, Freitas Alexandre. **O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC**. Alexandre Freitas Câmara. Revista Diálogos - Vol. 2, Nº 1, 2016. 83- 94 p.

COELHO, Luiz Fernando, **Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito**/ Luiz Fernando Coelho. 1939. Curitiba, PR. Bonijuris/ JM LIVRARIA, 2011.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: execução** / Fredie Didier Jr. Leonardo Carneiro Junior, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandre de Oliveira – 7º ed. rev. ampl., e atual – Salvador: Ed. Jus Podium, 2017. 1120, p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7º ed. Publicado em 2000. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/46892793/01._DINAMARCO_Candido_Rangel_-_Execucao_civil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1538767567&Signature=FzMnLC4jRBfEJ4PtRH0vQJ7mRDQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D._DINAMARCO_Candido_Rangel_-_Execucao_ci.pdf >. Acesso: 05/10/2018.

DUTRA, Nancy. **História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil**. Publicado em 04.2008. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil>> . Acesso: 01/10/2018.

FILHO, Anizio Pires Gavião; BACK, Gabriela Cristina. **A ponderação no código de processo civil de 2015**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva n.1, p. 71-81, jan./jun. 2003, Belo horizonte: centro Universitário Newton Paiva, 2003. ISSN 1678-8729. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/07/REVISTA-ELETRONICA-DO-DIREITO-N.-34.pdf>>. Acesso em: 21/10/2018.

FILHO, Elias Kallás; FUZARI, Thiago Souza. **Da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: Um Caminho para a Superação da discricionariedade do juiz da atual realidade jurídico brasileira**. Revista quaestio iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. p. 122-139 DOI: 10.12957/rqi.2016.18209. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18209/15790>> . Acesso dia: 24/10/2018.

FONTANA, Cassius Vinicius da Cruz. **O conflito atual entre princípios e regras na Constituição**. Publicado em 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51031/o-conflito-atual-entre-principios-e-regras-na-constituicao>>. Acesso: 01/10/2018.

FREIRE, Alexandre (coord. Exec.) STRECK, Lenio Luiz (org) NUNES, Dierle (org) CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª edição. Editora Saraiva. 2017. São Paulo

LIMA, Walber Cunha. **Evolução histórica do processo de execução civil**. Revista da FARN, Natal, v.7, n. 2, p. 69-81, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/viewFile/149/178>>. Acesso: 25/09/2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**/ Paulo Nader. 39º ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Editora. 2017. 419 p.

NETO, Francisco Vieira Lima; CARNEIRO, Myrna Fernandes. **As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV. 2017**. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional. O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado. Vitória, 2017. 290-302 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 2016. 8ª edição. Salvador-BA. Editora Juspodium. P.1700

NUNES Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. **CPC referenciado: Lei 13.105/2015/** Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva. 1º Ed. Florianópolis. Empório do Direito Editora, 2015. 288 p.

NUNES, Hellen de Freitas. **Aplicação da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV do código de processo civil às obrigações de pagar quantia.**

Publicado em 2018. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174668/001061558.pdf?sequence=1>>. Acesso: 03/10/2018.

RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos: Uma reflexão sobre a decisão que determinou a apreensão de passaporte e o cancelamento de cartões de crédito de um devedor.** Publicado em: 21/09/2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>>. Acesso em: 01/11/2018.

SÁ, Renato Montana de. **Manual de direito processual civil.** 2018. 3 edição. São Paulo. Editora Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição de 1988.** 4º edi. Rev. Atual. Porto Alegre: livraria do advogado Ed., 2006. P.158

STJ. **HC 392.521/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=M%E1xima+efetividade%2C+dignidade+da+pessoa+humana&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>.

STJ. **REsp. 1388642/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio Belluzzi. DJe: 06/09/2016. Julgado em: 03/09/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=TEMA+913&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

STJ. **RHC 97.876-SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 05/06/2018, DJe: 09/08/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso 04/11/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dossiê RONALD DWORKIN: Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy.** Revista Direito e Práxis. Vol. 4, n. 7, 2013, p. 343-367.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?.** 2016. CONSULTOR JURÍDICO.

Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio> >. Acesso 01/08/2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. 1107 p.

TEIXEIRA, Dark' Ane Mendes. **Da aplicabilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica prevista no novo Código de Processo Civil na Justiça do Trabalho**. 2015. 55 f. Monografia (Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitario de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em:<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11589/1/51400265.pdf> . Acesso: 30/10/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II** – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2012. 791 p.

TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fausto Santos de. **Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo**. 2015. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo> >. Acesso em: 21/10/2018.

VIEIRA, Vitor Paulo Inácio. **A EFICÁCIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO APÓS A REFORMA REALIZADA PELA LEI 11.232/2005**. Publicado em 2009. Disponível em:<<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/4264/2/Vitor%20Paulo%20In%C3%A1cio%20Vieira.pdf>>. Acesso: 01/10/2018.