

TUTELA ATÍPICA DE PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS. POR QUÊ AINDA ACEITAR O “É RUIM MAS EU GOSTO”?

Sérgio Cruz Arenhart.

Mestre, doutor e pós-doutor em Direito. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da UFPR. Ex-juiz Federal. Procurador Regional da República.

1. A garantia da efetividade da prestação jurisdicional e a imposição constitucional de meios adequados para a tutela dos direitos

Dispensa demonstração a afirmação de que um processo judicial que careça de instrumentos para a efetiva e adequada implementação dos direitos reconhecidos é ainda mais injusto que um sistema que sequer disponha de um modelo de processo civil. Com efeito, pior do que um Estado que simplesmente abandona seus cidadãos à sua própria sorte, desinteressando-se pelo reconhecimento e proteção de direitos, é conviver com um Estado que, embora reconheça explicitamente que alguém teve um direito violado ou ameaçado, seja impotente para corrigir essa injustiça.

Por isso, não se pode menosprezar a importância do estudo das técnicas de implementação das decisões judiciais e dos direitos. O tema não envolve simples preciosismo, nem pode ser ligado – como às vezes ocorre em expressão de parte da doutrina – a alguma tentativa de expandir os poderes do juiz, tornando o processo algo “ilegítimo”, “autoritário” ou “despótico”.^{1/2} O exercício da auto-

1 Tem-se tornado comum a assimilação da ideia de que a ampliação dos poderes do juiz traz consigo a pecha do autoritarismo. Supõe-se, ao que parece, sem nenhuma razão, que o incremento dos poderes judiciais – ou, melhor dito, a possibilidade de que ele possa adequar o procedimento na busca da melhor proteção aos direitos envolvidos no processo – infringe a liberdade e, portanto, é algo que deve ser recusado. O processo não é o campo de embate entre as liberdades individuais e o poder do Estado. Ao contrário do que se supõe, não pode haver liberdade, sem que o Estado (-jurisdição) disponha de suficiente capacidade para fazer implementar aquelas liberdades e os direitos reconhecidos. Um Estado fraco, indubitavelmente, é incapaz de tutelar de forma adequada os direitos e as liberdades que promete aos indivíduos. Por isso, reconhece-se há muito tempo a natureza pública do processo civil (v., entre tantos outros, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1922, tomo I, p. 82-83), voltado, ademais da tutela dos direitos materiais, para fins públicos, a exemplo da atuação do Direito e da participação na gestão da coisa pública. Nessa medida, embora se dê as partes, de regra, a liberdade para buscar a tutela jurisdicional, é evidente, como lembrava Tissier há muito tempo, que a partir do momento em que a atuação judicial é provocada, a questão assume interesse público, sendo dever do Estado assegurar a realização da justiça, “*aussi rapide et aussy complete que possible*” (TISSIER, Albert-Anatole. “Le centenaire du code de procédure civile et les projets de réforme”. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Sirey. n. 3. 1906, p. 44).

2 Aliás, aqueles que qualificam o processo civil brasileiro atual como autoritário cometem a proeza de incidir em duplo equívoco. De um lado, esquecem-se de que, na orientação clássica da doutrina, um “processo autoritário” não é um processo despótico. Autoritário é o processo – conforme clássica lição de Calamandrei (*Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro. 1996, p. 393) – em que a

ridade jurisdicional, na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado. Do contrário, despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte. Como lembra Couture – defensor inquestionável de um processo civil democrático – “conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia”.³

autoridade (judicial) tem ampliados seus poderes de gestão do processo. Nesse passo, sem dúvida, um processo em que o juiz participa ativamente do desenvolvimento da relação processual é “autoritário”, sem, porém, que disso se possa extrair qualquer conclusão quanto ao caráter “antidemocrático” desse processo. Mas, a par desse equívoco terminológico, soa também rasteira a afirmação de que o processo atual é autoritário, apenas porque dá ao juiz poderes de intervir na relação processual. Como lembra, há muito tempo, Moacyr Amaral Santos, a outorga de poderes de direção do processo ao juiz, desde que não atrapalhe a defesa dos interessados, exclui que se possa supor o caráter “autoritário” da atividade judicial (SANTOS, Moacyr Amaral. “Contra o processo autoritário”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 54, n. 2, 1959, p. 222-223). Constitui erro grosseiro assimilar o respeito à autoridade da jurisdição com a noção de autoritarismo. Como já dito, o respeito à autoridade da atividade jurisdicional é fundamental para o respeito e a garantia das liberdades individuais, o que demonstra inexistir qualquer antagonismo entre a autoridade do Estado e as liberdades públicas. Ademais, o autoritarismo decorreria da inexistência de base jurídica para certa atitude, sendo patente que nada disso se verifica no processo atual.

3 COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil”. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I, p. 89.

Por outro lado, também é certo que a outorga desmesurada e ilimitada de poderes ao Estado para efetivar os direitos implica atentado injustificável a direitos fundamentais do “obrigado”. Como lembra Couture, se a democracia não pode contentar-se com o individualismo – já que este é, em suma, a negação da própria democracia – conferir excessivos poderes ao juiz é apenas fugir de resolver a questão, já que, nesse caso, o problema se torna o juiz. A ausência de limites aos poderes do juiz pode levar ao abuso e ao conseqüente despotismo judicial.⁴ Afinal, os juízes são também seres humanos e, portanto, sujeitos ao erro ou ao excesso.

Ademais, é imposição constitucional o respeito às liberdades e ao mínimo existencial.⁵ Por isso, só se justifica a agressão ao patrimônio ou à liberdade individual

4 “Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante. El juez es, al fin de cuentas, un hombre. Puede suponérsele bueno y bien intencionado. Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: *lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.*” (COUTURE, Eduardo. “El derecho procesal civil hispanoamericano”. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 339-340).

5 Sobre a questão, na parte que aqui interessa, v. entre tantos outros, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*. De modo mais geral, sobre a ideia do mínimo existencial, v. RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1995, esp. p. 217-218.

na medida em que isso seja tolerado pela legislação e no limite em que não se ofenda o núcleo essencial daquelas garantias fundamentais.

Afinal, o limite da atuação dos direitos – pelos próprios titulares ou pelo Estado – está exatamente na interferência a direitos de outros. Nesse passo, como lembra Couture, a chave do sucesso de um sistema processual está no equilíbrio entre a liberdade e a autoridade ou, por outras palavras, entre a preservação dos interesses individuais e sociais (representados pelo Estado-jurisdição).⁶

2. A importância da visão panprocessual para o correto dimensionamento dos poderes executivos

Porém, há outro dado que deve ser agregado a esta análise, ainda em seu momento introdutório. Trata-se da necessidade de adequar o balanceamento entre os valores autoridade e liberdade com o cânone da proporcionalidade pan-processual.

6 Segundo o mesmo autor, “Dos sistemas principales se disputan el campo. En uno, la libertad individual es soberana. (...) Apoyado en un finísimo sentido liberal, este proceso es el proceso del recelo y de la desconfianza en el juez. (...) En cambio en el otro sistema, la autoridad es suprema. Así en los proceso anglo-sajones y especialmente en el inglés, la fe en el juez es la base y el fundamento de la justicia. (...) Los dos sistemas tienen sus riesgos evidentes; el primero desnaturaliza la justicia; el segundo aniquila la libertad” (COUTURE, Eduardo. “La justicia inglesa”. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 112-113). Embora pareça exagerada a afirmação no sentido de que a justiça inglesa ou norte-americana aniquile a liberdade individual, é certo que é necessário encontrar equilíbrio entre o interesse das partes e o do Estado-jurisdição.

É sabido que as regras do processo civil tratam, na verdade, da concretização de princípios constitucionais processuais, amalgamados ao longo do tempo e da experiência, nas formas atualmente empregadas. Por isso, seria possível pensar o processo a partir dos princípios que iluminam essas regras, retornando à essência traduzida por esses procedimentos. Logicamente, quando o discurso é restituído para o campo dos princípios, duas noções básicas entram em cena: a ideia de que eles devem ser realizados na sua máxima expressão possível; e a provável colisão entre os vários princípios incidentes, decorrente da tentativa de maximização de todos eles.

O operador do Direito, sem dúvida, está familiarizado com esses conceitos e com as técnicas de ponderação empregadas para compatibilizar esses dois polos. Este é o campo da “proporcionalidade” (chamada aqui de proporcionalidade endoprocessual), tomado do direito administrativo e, em especial, do direito constitucional, e amplamente empregada pelo processo civil.

Porém, o tema oferece ainda outro ângulo de análise, ainda pouco explorado no direito brasileiro. Trata-se da chamada dimensão *pan-processual* da proporcionalidade, ideia mais enraizada no direito administrativo, e que toma em conta a necessidade de gestão adequada e eficiente de toda a massa de feitos judiciais existentes.⁷

7 Sobre o tema da proporcionalidade pan-processual, v. CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil”. *Revista de Processo*. n. 192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011; ARENHART, Sérgio

Não se trata aqui, apenas, de aludir à noção de “eficiência”, considerada por alguns apenas como uma razão de economicidade *interna ao processo*, ou seja, da economia no emprego de recursos observada sob uma perspectiva endoprocessual.⁸ É imprescindível que se veja o processo judicial como um “serviço público”, que demanda recursos que são escassos. É preciso, então, aplicar esses recursos de maneira eficiente, considerando não apenas a necessidade do processo singularmente visto, mas também o conjunto das demandas judiciais existentes. Por outras palavras, os recursos – humanos, estruturais, financeiros etc. – necessários à administração pública da Justiça precisam ser usados de forma racional. E esse uso exige que se considere não apenas as necessidades de cada processo, tomado de forma isolada, mas também do conjunto dos processos judiciais existentes, na medida em que o emprego desses recursos em cada um deles determina a quantidade remanescente, que poderá ser aplicada aos demais.⁹

Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 37 e ss.; OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 91 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. “Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation”. *International journal of procedural law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014, *passim*.

8 V., sobre esse viés, DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 5, p. 112-113.

9 O discurso poderia ir ainda mais longe, porque, afinal, os recursos públicos financiam todos os serviços e as políticas públicas. “If we lived in a Panglossian ‘best of all possible worlds’, our procedural system would enforce the substantive law costlessly and with perfect accuracy. But in our real world

Visto desse modo, resta claro que o serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade (em sentido substancial) e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existente, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público.

As garantias fundamentais processuais, sob esse enfoque, recebem mais um elemento de análise. Se, dentro do processo, o limite de uma garantia é a sua acomodação a outras garantias, impõem-se também considerações externas – que levem em conta o todo de processos existentes – a fim de dimensionar a extensão em que todas essas garantias podem ser satisfeitas, à luz dessa proporcionalidade *pan-processual*.

A análise *pan-processual* da proporcionalidade é hábil a oferecer visão mais adequada da realidade jurisdicional brasileira. Por colocar, ao lado da análise endoprocessual das garantias processuais, a inter-relação entre os vários processos, essa abordagem permite dosar de forma ótima a capacidade de atender aos interesses de todos os jurisdicionados de forma ótima, sem fazer com que o excesso de garantias dado

of scarcity and constraint, we have to settle for an imperfect system, on that creates its own costs at the same time as it reduces, though never eliminates, the risk of enforcement error. The challenge for procedural law is to find the right balance of benefit and cost, and to do so with less than perfect information about the likely effects. More extensive procedures can reduce the risk of error but also increase the cost of process and take resources away from other worthwhile social programs” (BONE, Robert G. *Civil procedure – the economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 2).

a um processo possa prejudicar os outros. Por outras palavras, o esforço estatal aplicado a um caso determinado deve ser dimensionado também a partir do esforço que poderá ser disponibilizado às outras pessoas, que, afinal, são também potenciais usuários desse serviço.¹⁰

Vale sublinhar que essa visão a respeito da proporcionalidade sequer pode ser vista como inovadora. O direito estrangeiro dá mostras de que esses critérios, em alguns sistemas, estão positivados, prestando-se como balizadores da atividade jurisdicional.

Assim ocorre, por exemplo, com a legislação inglesa. As *Civil Procedure Rules*, de 1997, em sua primeira parte (*Overriding Objective*), no seu art. 1.1, estabelece o dever de o juiz tratar a causa segundo a justiça, o que implica, na medida do possível, entre outras coisas “b) diminuir custos; c) lidar com a causa de forma que seja proporcional; (i) ao montante de dinheiro envolvido; (ii) à importância da causa; (iii) à complexidade dos temas; e (iv) à condição econômica de cada parte; d) assegurar que a causa seja tratada de forma expedita e justa; e e)

10 “Le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori le parti (attuali o potenziali: quindi anche i cittadini) nelle altre controversie indirizzate (o da indirizzare) alla cognizione del giudice statale.” (CAPONI, Remo. “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”, p. 390).

alocar à causa uma apropriada parcela dos recursos da corte, tendo em consideração a necessidade de alocação de recursos às outras causas” (item 2).¹¹

Também no direito italiano, o projeto de Código de Processo Civil, elaborado por Proto Pisani, previa semelhante preceito. Segundo o art. 0.8, do projeto, em cada causa deveria ser assegurado o emprego proporcional de recursos judiciais em relação ao escopo de justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos.¹² Essa orientação, aliás, encontra muito facilmente suporte no princípio da eficiência da atividade pública, e, em específico, no princípio da eficiência do serviço judiciário, que se pode, no sistema italiano, deduzir indiretamente da garantia da duração razoável do processo (art. 111, § 2.º, da Constituição italiana)¹³ e da garantia de acesso à Justiça (art. 24, da Constituição italiana).

11 “[D]ealing with a case justly includes, so far as is practicable: (...) b) saving expense; c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

12 “È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi”.

13 CAPONI, Remo. Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile. Il foro italiano. vol. I, p. 15. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, maio, 2008.

Na ordem jurídica brasileira, embora não exista preceito idêntico, é possível extrair essa mesma orientação da garantia constitucional de eficiência na administração do Estado, estampada no *caput* do art. 37, da Constituição.¹⁴ De fato, se a atividade jurisdicional pode ser enfocada – na visão do cidadão – também como um serviço público, é evidente que ele deve pautar-se pela eficiência, tomando em consideração o conjunto de demandas com que o Judiciário deve lidar.

De certo modo, uma releitura do princípio de eficiência, também previsto no art. 8º, do CPC, pode apoiar essa conclusão. Embora, como dito, alguns considerem essa eficiência apenas como a necessidade de “poupar recursos” no interior de um processo, considerado apenas em sua singularidade, é possível extrair dali muito mais, fixando nesse comando a essência da necessidade de consideração do serviço-justiça pensado como um todo.¹⁵

Assim, importa deixar claro que, no campo da efetivação dos direitos – embora o mesmo raciocínio se aplique a todos os outros pontos do processo civil – não se pode examinar as garantias processuais de maneira isolada, isto

14 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, ob. cit., p. 46.

15 “O juiz deve dirigir o processo de modo eficiente. Isso significa que deve alocar tempo adequado e dimensionar adequadamente os custos da solução de cada litígio. A necessidade de eficiência na gestão do processo guarda íntima relação com a ideia de proporcionalidade entre os meios e os fins que são visados pela administração da Justiça Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2017, p. 170).

é, olhando apenas *para dentro do processo*. É fundamental considerar o impacto que a “melhor” satisfação dessas garantias implica para todo o restante dos processos com que o Judiciário deve lidar.

3. O juiz-árbitro brasileiro. A interpretação correta do art. 139, IV, do CPC

O Código de Processo Civil de 2015 incluiu regra que, possivelmente, a par de constituir um dos comandos mais importantes ali presentes, altera significativamente o paradigma com que se trabalha neste campo.

Há muito tempo, denunciava Ovídio Baptista da Silva que o processo civil brasileiro padece com uma indelével herança – tomada do direito romano tardio – que o torna incapaz de reagir de maneira efetiva frente às ameaças e às violações a direitos. Trata-se da visão que exclui da figura do juiz qualquer traço de autoridade, tratando-o como se fosse simples árbitro da contenda existente entre as partes, recebendo todo e qualquer poder exclusivamente daquilo que lhe foi expressamente delegado pelas partes.

A discussão remonta a análise da natureza da sentença condenatória, no passado e no presente. Embora o tema seja muito amplo, já tendo sido analisado em outro lugar,¹⁶

16 V., sobre isso, com mais vagar, SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, *passim*; *Id.* *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-92; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 59 e ss.; *Id.* “Sentença condenatória

importa, para bem situar a discussão, rememorar alguns breves conceitos que envolvem essa apuração.

Sabe-se que o direito romano conhecia a figura da *condemnatio*, que era a consequência obtida diante da violação de uma *obligatio*. A condenação romana era proferida por um *iudex*, escolhido pelas partes e cuja função se assemelha à atualmente desempenhada pelo árbitro privado. Por outras palavras, o *iudex* não representava a “autoridade” romana; era um particular, escolhido pelas partes para o julgamento da controvérsia existente. Por isso, despida de autoridade que era, a violação da condenação não implicava qualquer reação do “poder público” romano. Porque essa condenação se limitava a uma “declaração de razão” para o autor da *actio*, inexistia ordem ao réu para cumprimento da *obligatio*. A consequência da violação da condenação romana era, simplesmente, a permissão para que o interessado regressasse a juízo, postulando a chamada *actio iudicati*, quando então seria possível a adoção de medidas mais enérgicas, pela intervenção do pretor.¹⁷⁻¹⁸

para quê?”. *Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento*. Org. Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2010, *passim*; *Id.* La eficacia condenatoria de las sentencias y el cumplimiento de prestaciones. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. V. 15, 2010, *passim*.

17 V., sobre isso, SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 285 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 8-11.

18 É fato que o regime era diverso, naquela época, para direitos absolutos, a exemplo dos direitos reais. Para estes, reservava-se procedimento

Embora essas breves linhas retratem situação ocorrida há muitos séculos, parece que são atualíssimas se a situação atual é bem examinada.

Ainda que se tenha eliminado a dicotomia presente no código anterior, entre processo de conhecimento e ulterior processo de execução de sentença, fato é que a essência daquela velha noção de condenação permanece latente em várias passagens do código.

Note-se, por exemplo, que o código indica, ao menos para o pagamento de soma em dinheiro, que o cumprimento de sentença se faz apenas “a requerimento do exequente” (arts. 513, § 1º e 523). Ou seja, sem que o exequente o requiera, fica o juiz manietado, como se não fosse sua a decisão desrespeitada. Quer isso dizer que, em realidade, o código não enxerga naquela decisão nenhum exercício de efetiva *autoridade estatal*. Vê ali apenas a concretização de uma obrigação (titularizada pelo autor da demanda) e cujo cumprimento se faz apenas se e quando interessar ao credor. Desobedecer uma sentença condenatória – ainda no direito vi-

mais expedito, presidido pelo pretor, que, com seu *imperium*, tutelava esses direitos evidentes através da imposição efetiva de ordens dirigidas ao réu. Tem-se, aí, pois, a divergência fundamental de tratamento que era concedida, em direito romano clássico, às obrigações e aos direitos reais. Enquanto a estes se aplicava o instituto da *vindicatio* (interdito) gerando uma ordem ao vencido — no sentido de que este não se opusesse à retomada privada do bem espoliado — à obrigação concedia-se o remédio da *condemnatio*, em sede de jurisdição (com a declaração do direito, pois não constituía direito evidente) que, caso não cumprida espontaneamente, gerava, como única consequência, a possibilidade ao credor de fazer uso da *actio iudicati* — tal como ocorre, *mutatis mutandis*, no direito moderno.

gente – não é infringir um comando do Estado. É apenas não adimplir uma obrigação e, portanto, sujeitar-se, *sempre pela iniciativa do credor*, a atos que tenderão ao adimplemento futuro. Afinal, mesmo depois de tanto tempo – e depois de tanto denunciado o compromisso do direito brasileiro com esse arcaico modelo romano – permanece válida a lição de Liebman, que afirmava que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente”.¹⁹ A sentença condenatória brasileira, para muitos autores, e aparentemente também pela lei processual, é vista como simples exercício de declaração, sem qualquer *imperium*. Daí a razão pela qual seu descumprimento não constitui ato ilícito, mas simples ato de inadimplemento obrigacional.

Não obstante sejam evidentes as reminiscências desse pensamento, parece que o sistema processual atual possui ferramentas que habilitam o operador do Direito a superar esse ranço e romper essa barreira que compromete a efetividade da prestação jurisdicional.

Trata-se do preceito contido no art. 139, inc. IV, do CPC, que confere ao juiz o poder de “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”. Embora mal se explique a razão pela qual o dispositivo foi alocado no preceito que

19 LIEBMAN, Enrico Tullio. Ob. cit., p. 13.

regula os poderes do juiz (e não naqueles que disciplinam o cumprimento de sentença e a execução) fato é que, se bem interpretado, o comando possui importância extraordinária na ruptura do velho modo de pensar a atuação executiva judicial.

Já há algum tempo, como visto, parte da doutrina vem denunciando o inexplicável arraigamento do direito nacional atual àquela visão antiga da função jurisdicional. Porém, o mais grave é notar que essa ligação, atualmente, *só se verifica no campo da efetivação de (algumas) prestações pecuniárias*. De fato, desde a introdução do art. 461, no CPC anterior, em 1994,²⁰ posteriormente acrescido do art. 461-A, as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa passaram a contar com um modelo radicalmente distinto para sua efetivação. O juiz passou a poder emitir ordens, cujo cumprimento se realizava *ex officio* e por meio de medidas de sub-rogação ou indução abertos, ou seja, não necessariamente regrados por lei. A mesma lógica foi mantida pelo código em vigor, como se vê dos arts. 536 e ss., que conferem amplo arsenal ao juiz para concretizar esses direitos, deixando evidente a presença do *imperium* nessa atividade.

Se essa inovação foi importantíssima, porém, criou ela verdadeiro abismo entre a situação desses interesses e as prestações pecuniárias. Enquanto se oferecia tutela

20 Vale recordar que o art. 461, do CPC/73, na redação dada pela Lei n. 8.952/94, nada mais consistiu do que uma ampliação de permissão anteriormente existente para situações pontuais, a exemplo do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor.

invejável às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, para as prestações pecuniárias (com algumas exceções, a exemplo dos alimentos) ainda se reservava a velha “execução” por expropriação patrimonial, típica e com procedimento absolutamente regrado, cujo início sempre estava condicionado ao impulso do exequente. A violação à isonomia, ali, era gritante. Aparentemente, dava-se mais valor às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, não importando seu conteúdo, do que às prestações pecuniárias, também independentemente do bem jurídico por estas protegido.

Ao que parece, a nova regra do art. 139, IV, embora não de forma explícita e clara, é capaz de superar essa dicotomia de tratamento. É esse comando que permite corrigir aquela flagrante inconstitucionalidade, que autorizava tratar certas prestações por técnicas mais efetivas do que outras. Permite, ademais, como dito, romper com aquela ideologia que, inconscientemente, ainda trata o juiz como um *iudex* privado.

4. O art. 139, IV, CPC deve ser excepcional?

Parece claro que o dispositivo mencionado é importante, sendo um passo fundamental para que se possa cortar aquele cordão umbilical que liga a execução brasileira a modelo superado e inefetivo. Parece também evidente que essa regra poderia ser capaz de superar diversas barreiras tradicionalmente postas para que

os direitos possam ser adequadamente protegidos em juízo. Mas então, por que seu uso tem recebido tantas críticas e sua aplicação tem sido tão excepcionada, até mesmo pela doutrina nacional?

São comuns as críticas a decisões que impõem a apreensão de documentos (passaportes, habilitação de dirigir etc.) sob vários enfoques diferentes. Há desde aqueles que entendem que essas prerrogativas não estão contidas nos poderes oferecidos pelo art. 139, IV, do CPC, até aqueles outros que entendem que o emprego dessas medidas é excepcionalíssimo. Não parece, porém, que essas críticas – ao menos de forma generalizada – encontrem fundamento.

Primeiramente, é essencial recordar que há um direito fundamental, decorrente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, à efetivação judicial dos direitos, o que inclui o direito a mecanismos *adequados* de atuação da decisão judicial. Se o direito fundamental tem uma dimensão positiva – que exige do Estado a adoção de condutas para tornar o mais concreto possível os direitos fundamentais previstos – então é certo que a garantia de acesso deve impor que os interesses postos à apreciação do Judiciário sejam não apenas adequada, tempestiva e efetivamente examinados, mas também, se reconhecida sua existência, prontamente impostos àquele que resiste à sua satisfação.

Por isso, é decorrência natural da garantia de inafastabilidade a pré-ordenação de instrumentos que sejam ca-

pazes de garantir a eficácia das decisões judiciais.²¹ Se há esse direito, por parte daquele que busca a prestação jurisdicional, há o necessário dever, por parte do Estado, de oferecer esses instrumentos. É, portanto, inerente à prestação jurisdicional o poder-dever do Estado de garantir a imposição das suas decisões judiciais da forma mais pronta e adequada possível. Trata-se, portanto, de elemento intrínseco à atividade judicial do Estado a predisposição de mecanismos que sejam capazes de fazer observar as decisões judiciais. Afinal, de nenhuma utilidade seria a possibilidade de o Judiciário decidir sobre tudo, se as decisões por ele proferidas não precisassem ser obedecidas.

Conclui-se que, independentemente da previsão expressa, em dispositivo legal, dos instrumentos de atuação das decisões judiciais, esse poder-dever é consequência natural da atribuição constitucional dada ao Poder Judiciário para decidir as controvérsias. Vale recordar, nesse ponto, que o direito norte-americano, mesmo sem previsão expressa sobre todos os poderes de efetivação atribuídas ao Judiciário, sempre trabalhou nessa linha, por meio da doutrina dos *inherent powers* (poderes inerentes). Segundo essa concepção, os magistrados possuem poder amplo para a adoção de medidas capazes de impor as suas decisões. Afirma-se que os poderes inerentes consistem em todos os poderes razoavelmente exigidos para permitir a um tribunal o exercício eficiente de suas funções judiciais, para proteger sua dignidade, independência e in-

21 V., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2008, esp. p. 130 e ss.

tegridade e para tornar efetivas as suas decisões legítimas.²² Nos termos dessa teoria, os tribunais têm o poder de adotar as medidas necessárias à consecução de suas finalidades, ainda quando esses instrumentos não estejam expressamente previstos no direito positivo. Diante dessa prerrogativa, podem os tribunais editar e implementar regras para lidar com o litígio a ser examinado²³ e ainda determinar a punição em caso de desrespeito ao tribunal (*contempt of Court*).²⁴ Essa garantia opera como condição necessária para a realização da independência do Poder Judiciário, prevista constitucionalmente,²⁵ na medida em que torna a atuação jurisdicional autônoma, não dependente de qualquer intervenção das outras funções do Estado.²⁶

22 CARRIGAN, Jim R. "Inherent Powers and Finance". *Trial magazine* 7. N. 6, 1971, p. 22.

23 V. *Thomas v. Arn*, 474 U.S. 140, 146 (1985).

24 Cf. *Young v. U. S. ex rel. Vuitton et Fils S.A.*, 481 U.S. 787 , 793 (1987); *Michaelson v. United States ex rel. Chicago, St. P., M., & O. R. Co.*, 266 U.S. 42 (1924). V. tb., HAZARD JR., Geoffrey C. TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 204; VERDE, Giovanni. "Attualità del principio 'nulla executio sine titulo'". *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 70.

25 Cf. WEBB, G. Gregg, WHITTINGTON, Keith E. "Judicial independence, the power of the purse, and inherent judicial powers". *Judicature*. Vol. 88, n. 1. jul-ago 2004, p. 14. Essa doutrina estende-se aos poderes outorgados aos tribunais para determinar sua administração, àqueles que importam a indicação de salários adequados aos magistrados, aos que asseguram a independência do Poder Judiciário frente às outras funções do Estado e também, como se vê no texto, ao poder outorgado às Cortes para imporem suas decisões.

26 TRIBE, Lawrence H.. *American constitutional law*. 3. ed., New York: Foundation Press, 2000, vol. I, p. 466/467, esp. nota 2. V., tb., *Young v. U. S.*, acima mencionado, p. 481.

Se, então, há um direito fundamental aos meios de efetivação adequados aos direitos, então parece pouco razoável que se sustentem as críticas acima vistas.

Em primeiro lugar, no que se refere à imposição de restrição a direitos – caso em que se inserem as decisões de apreensão de documentos acima mencionadas – não parece que haja aí nada de excepcional. Trata-se, sem dúvida, de medida indutiva e, portanto, subsumível ao contido no art. 139, IV, do CPC, cuja aplicação, ao menos abstratamente, encontra respaldo legal.

As críticas veiculadas normalmente acentuam eventual violação a direitos fundamentais (de ir e vir, ou algo semelhante) que estaria sendo violados por essas ordens judiciais. Ao que parece, porém, há evidente exagero nessa crítica. Afinal, há mesmo um direito fundamental a viajar para o exterior que estaria sendo violado pela ordem de apreensão do passaporte? Ou há um direito fundamental a dirigir veículos, que foi infringido pela determinação de retenção da habilitação de dirigir? Claro que não!

É evidente que pode haver situações específicas em que essas restrições a direitos possam atingir outros direitos específicos (o direito ao trabalho ou coisa parecida), mas aí o problema é pontual, e não deslegitima o emprego, ao menos *em abstrato*, dessas técnicas como importantes mecanismos de indução. A crítica, portanto, parece exagerada e sem fundamento.

Ademais, deve-se sempre recordar que os mecanismos de indução partem de uma premissa fundamental: o ordenado tem condições de cumprir a ordem e, portanto, sua resistência é desarrazoada. Como pondera John Dobbyn, esses mecanismos trabalham com a lógica de que o ordenado possui as chaves da prisão em seu próprio bolso.²⁷ Ou seja, não se pode ver nos meios de indução (ao menos *a priori*) algo de excessivo ou incivilizado, na medida em que sua incidência só ocorre diante da renitência *injustificada*²⁸ do ordenado em dar atendimento à ordem judicial.

Por isso, não parece excessiva ou ilegal (ao menos em abstrato) a ordem de apreensão do passaporte, da carteira de habilitação ou de outro documento semelhante, até porque essa determinação só ocorreu porque o requerido, embora tenha recebido uma ordem, com prazo para seu cumprimento, entendeu (injustificadamente) que seria melhor descumprir o comando. A incidência na sanção, portanto, é consequência exclusiva de sua própria resistência.

O emprego dessas técnicas, portanto, é ferramenta posta à disposição do Judiciário e deve ser empregada, até mesmo por conta das vicissitudes do uso da multa coercitiva na prática nacional. Com efeito, como ponderado em outro lugar,²⁹ a forma como tem sido praticada a multa

27 *Injunctions in a nutshell*. Minnesota: West, 1974, p. 225

28 Logicamente, se há justificativa para a resistência, então o debate assume outro contexto, a ser adiante examinado.

29 ARENHART, Sérgio Cruz. “A doutrina brasileira da multa coercitiva: três

coercitiva no sistema nacional desvirtuou totalmente sua finalidade. De um instrumento de coerção, transformou-se ela, praticamente, na mais violenta forma de “indenização premiativa”. Não raras vezes, credores preferem receber o valor da multa a obter a efetiva satisfação da obrigação original – a cuja proteção se destinava a imposição das *astreintes*. Perdeu-se, em grande medida, o cunho coercitivo da medida, que se transformou em uma grande catapulta de indenizações vultosas e sem relação com o dano sofrido.

Seja como for, se o sistema desvirtuou o papel coercitivo da multa, impõe-se encontrar outras ferramentas que possam ocupar essa função. E a restrição a direitos sem dúvida encontra campo fértil nesse ambiente.

Desde que essas ordens não violem direitos fundamentais, nem constituam ato ilícito, nem exorbitem seu papel coercitivo, merecem ser elas empregadas amplamente. Logicamente, porém, seu emprego estará sempre condicionado a um elemento essencial: sua efetividade, ou seja, sua real capacidade de induzir o ordenado a cumprir com o comando judicial.

Parte da doutrina sugere que o emprego dessas medidas só deva ser admitido quando a medida tiver alguma correlação com a obrigação a ser tutelada. Assim, por exemplo, uma ordem de proibição de funcionamento de certa empresa só deveria ser expedida se o funcionamento da empresa violasse algum direito, mas jamais

questões ainda polêmicas”. *Revista forense*, n. 396, mar-abr./2008, *passim*.

para o adimplemento de uma obrigação qualquer; uma ordem de apreensão da habilitação de dirigir só poderia ocorrer se o hábito de dirigir fosse a causa da inobservância do direito.³⁰

Não parece, porém, que essa exigência tenha fundamento.

Afinal, jamais se exigiu qualquer nexo de relação entre as técnicas coercitivas “típicas” (a exemplo da multa coercitiva ou da prisão civil) e a prestação cuja tutela se pretende. De fato, qual a relação entre o dever de pagar alimentos e a prisão do devedor? Qual a relação entre a prestação de devolver um veículo e o montante em dinheiro representado pela multa coercitiva? Absolutamente nenhuma!

A “pertinência” ou correlação, portanto, entre o meio de indução e a prestação tutelada é requisito injustificável e que só se presta para colocar mais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e, portanto – como visto – à preservação dos direitos fundamentais do exequente.

30 Ao que parece, essa é a visão adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves, a partir dos exemplos que emprega. Diz o autor que seria possível a “suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário” (*Manual de direito processual civil*. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1075).

Grande parte da doutrina brasileira, ademais, considera que o emprego das técnicas atípicas de efetivação – sobretudo em se tratando de obrigação pecuniária – só pode ocorrer de forma subsidiária. Por outras palavras, só se deve permitir ao magistrado lançar mão desses instrumentos se as medidas típicas previstas tiverem seu resultado frustrado.³¹ Haveria uma “tipicidade *prima facie*” para a efetivação de prestações de pagar soma em dinheiro, só afastada excepcionalmente, quando ela se mostre inviável a obter a satisfação do interesse do exequente.

Em essência, os argumentos para essa conclusão são de cunho legal e hermenêutico. Afirma-se, nesse passo, que a subsidiariedade da atipicidade vem assentada nos arts. 921, III e 924, V, do CPC, que trata da ausência de bens penhoráveis e da suspensão da execução.³² Argumenta-se ainda que supor a atipicidade como regra na efetivação de prestações de pagamento implicaria a violação do sistema do código e poderia conferir demasiados poderes ao juiz, ao arrepio da intenção do legislador.³³

31 Nesse sentido, entre tantos outros, v., especialmente, DIDIER JR., Fredie. *et alli*. *Curso de direito processual civil*, vol. 5, p. 107 e ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, ob. cit., p. 1076.

32 DIDIER JR., Fredie *et alli*. *Curso...*, ob. cit., p. 107.

33 “O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regime da execução por quantia. Essa interpretação *retiraria* o princípio do *sistema* do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa *interpretação* é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador

Embora respeitáveis, os argumentos não parecem convencer.

Inicialmente, repise-se, como feito em vários momentos deste texto, que existe um direito fundamental, outorgado ao exequente, à tutela efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos. Logo, ainda que se supusesse a insuficiência da legislação infraconstitucional, esse defeito *deve, obrigatoriamente, ser sanado pelo aplicador do direito*, sob pena de se gerar manifesta inconstitucionalidade.³⁴

Porém, não parece ser este o caso. O sistema não é insuficiente. Insuficiente tem sido, isso sim, a leitura que se tem emprestado ao texto.

Tome-se como ponto de partida a questão da preservação do sistema do código.

Como se sabe, a ideia de um sistema implica um conjunto de elementos unidos por um mesmo critério ou princípio. Ou, na ponderação de Luhmann, o sistema se compõe por elementos e pela relação entre eles, chamada de estrutura.³⁵ No caso, o critério (ou a relação) que orienta o sistema de efetivação de direitos do código é, como sempre

fez questão de, exaustivamente, pré-determinar” (*ob. loc. cit.*).

34 Nesse mesmo sentido, v. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 48 e ss.; *Id. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 82 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. *Ob. cit.*, p. 130 e ss.

35 LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana, 1996, p. 61.

recordado pela doutrina nacional, o princípio da efetividade, ou seja, a busca pela satisfação do exequente da melhor maneira possível. É, aliás, o que explicitamente indica o art. 797, do CPC, a afirmar que “...realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.³⁶ Em que será que essa noção pode ser comprometida ao se admitir a predominância da atipicidade (e não da tipicidade no campo das técnicas executivas? Parece claro que em nada.

Com efeito, como justificar que o sistema perca sua essência *precisamente quando almeja oferecer resposta mais efetiva aos interesses do exequente*? É evidente que a oferta de um modelo de atipicidade para a efetivação das prestações de pagar soma em dinheiro, bem ao contrário de ofender a integridade do sistema, vem exatamente a *restabelecer* essa integridade, dando tratamento homogêneo a situações que não têm nenhuma razão para receber disciplina diversa. A violação ao sistema estava, como parece óbvio, quando se oferecia sistema atípico para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (com todas as suas vantagens para o exequente), mas não se ofere-

36 Como lembra Araken de Assis, “a localização do art. 797, situado na abertura do Título II – Das Diversas Espécies de Execução – e integrando suas disposições gerais, embora trate do princípio da prevenção, ou preferência decorrente da penhora, justifica-se pela sua cláusula intermediária: ‘realiza-se a execução no interesse do exequente’. Essa disposição consagra a diretriz ideológica da realização dos créditos, autêntico princípio heurístico da execução marcadamente individualista, e explica o princípio da prevenção” (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016, tomo XIII, p. 23)

cia idêntico tratamento ao beneficiário de prestação pecuniária. Havia razão para esse tratamento diferenciado? As prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa são mais relevantes do que as prestações pecuniárias, a ponto de o “sistema” permitir que se lhes oferte instrumentos de tutela privilegiados?

Parece evidente que não. Apenas para exemplificar, veja-se que dentre as prestações de fazer podem enquadrar-se obrigações de reparação de um móvel ou de um eletrodoméstico qualquer; por outro lado, estariam dentre as prestações pecuniárias as obrigações de pagamento de alimentos por ato ilícito (às quais a jurisprudência sempre resistiu em oferecer o mesmo regime dos alimentos fundados em relação de família). É possível dizer que as primeiras espécies de obrigação merecem, na ordem jurídica brasileira, tratamento preferencial em relação às últimas?

Demais disso, é bom lembrar que o mesmo fenômeno hoje vivenciado em relação às prestações pecuniárias ocorreu, no passado, em relação às outras prestações. A predominância da atipicidade para a proteção das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, foi tida *como regra*, e não como forma subsidiária de efetivação, *mesmo com a preservação da disciplina típica previstas para a concretização dessas prestações*. De fato, recorde-se que, quando da inserção do art. 461, no CPC/73, o código contava com um regime típico para a realização das prestações de fazer e não fazer. Este consistia no Capítulo III, do Título II, do Livro referente ao Processo de Execução (arts. 632-643). O

mesmo ocorreu quando foi incorporado o art. 461-A, que tratava das prestações de entrega de coisa, e vinha a oferecer novo panorama para a velha disciplina prevista entre os arts. 621 a 631 daquele código. Na época, a doutrina não teve nenhuma dificuldade em aceitar que, a partir de então, o “sistema” passava a trabalhar com a lógica da atipicidade (como regra, e não apenas subsidiariamente), *ainda que os instrumentos “típicos” para a efetivação daquelas prestações continuassem existindo*.³⁷

Não parece, por tudo isso, que a ideia de integridade do sistema perca qualquer consistência em razão da passagem de um modelo de tipicidade, para um de atipicidade da tutela das prestações de pagar soma em dinheiro.

Tampouco convence o argumento de que esse regime de atipicidade conferiria ao magistrado poderes excessivos,

37 Apenas para que não reste dúvida da identidade entre aquela situação e a presente, lembre-se que, na época da introdução do art. 461, no CPC/73, regrado a efetivação das prestações de fazer e não fazer, por meio da Lei n. 8.952/94, a Lei n. 8.953/94, da mesma data, realizou modificações nos artigos que regravam a tutela de prestação de fazer e não fazer. Ou seja, no mesmo momento, houve a inclusão do art. 461 e modificações no regime “típico” para a tutela de prestações de fazer ou não fazer. Mesmo assim, isso jamais impediu que a doutrina considerasse que, a partir de então, as prestações de fazer e não fazer haviam recebido novo modelo de tutela, com sistema aberto e atípico de proteção. Jamais se cogitou, então, que a aplicação dos poderes abertos do art. 461 aos títulos judiciais fosse excepcional, ou dependesse, primeiramente, do esgotamento da via “típica” dos arts. 632 e ss. Tudo isso, frise-se, mesmo diante da redação então imposta ao art. 632, que afirmava claramente que o regime disciplinado a partir daquele artigo se aplicava a qualquer título executivo, ou seja, aos judiciais e aos extrajudiciais.

não desejados pelo legislador. Ora, foi o próprio legislador que incluiu o art. 139, inc. IV, no CPC em vigor. Foi ele também quem deixou explícito no texto legal que esses poderes atípicos aplicam-se, inclusive, a prestações de pagar soma em dinheiro. Diante disso, pode haver alguma dúvida da intenção do legislador?

Vale sublinhar que, caso o legislador entendesse como excessivos os poderes de efetivação atípicos, conferidos pelo art. 139, IV, nem de forma subsidiária ele os conferiria ao magistrado. Se esses poderes foram outorgados, é para serem usados; é porque esses poderes são importantes para que se possa ter resposta efetiva e adequada aos direitos e, enfim, para que se possa realizar a promessa constitucional do acesso à Justiça.

Não há, portanto, nada de excessivo ou exagerado no emprego dos poderes (que, diga-se, são na verdade deveres-poderes) a que se refere o art. 139, IV, do CPC.

Finalmente, resta o argumento da disciplina legal, trazida entre os arts. 921, III e 924, V, do código atual, que regula a forma de satisfação da obrigação pecuniária. O primeiro dos preceitos afirma que a execução deve ficar suspensa, se não forem encontrados bens do executado para serem penhorados; já o segundo alude à extinção da execução em razão da prescrição intercorrente. A doutrina que entende pela aplicação meramente subsidiária do art. 139, IV, do CPC, defende que as regras acima apontadas indicariam que o regime padrão da efetivação das pres-

tações pecuniárias é por meio da penhora de bens, tanto que, na sua falta, o procedimento deveria ficar suspenso, ocorrendo posteriormente – se não localizados bens – a extinção do cumprimento por prescrição intercorrente.

O argumento também não impressiona.

Em primeiro lugar, se fosse o caso de tomar literalmente as regras apontadas, considerando-as como a essência do regime do cumprimento de prestações pecuniárias, *então simplesmente não haveria nenhum espaço para outros caminhos*. Assim, nesse caso, sequer de forma subsidiária teria cabimento o emprego do art. 139, IV, do CPC, na medida em que, sempre, a falta de bens penhoráveis deveria implicar a suspensão do processo e, eventualmente, sua posterior extinção, por prescrição intercorrente.

Além disso, parece que as regras indicadas (arts. 921, III e 924, V) estão integradas, *exclusivamente*, à hipótese em que a técnica a ser empregada seja a expropriação de bens. Por outras palavras, não parece haver antinomia entre o art. 139, IV, e os dispositivos mencionados, na medida em que os arts. 921, III e 924, V só serão aplicados caso o juiz – elegendo, com base no art. 139, IV, do código, a técnica a ser empregada para a satisfação da prestação pecuniária – entenda por impor a prestação sob pena de expropriação de bens. Do contrário, tendo ele eleito outra técnica, os preceitos serão inaplicáveis – como, de resto, serão inaplicáveis também à tutela das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, ainda

que essas regras estejam inseridas como cláusulas gerais que deveriam governar a efetivação dos direitos (Títulos IV e V, do Livro II, do CPC).

Vale dizer: sabendo que o juiz pode escolher, entre as diversas técnicas possíveis, aquela que melhor atende ao interesse do processo, tem-se que, eventualmente, pode ele escolher como técnica adequada a expropriação patrimonial. Se esse for o caso, entram em ação as regras dos arts. 824 e ss. (aí incluídos os arts. 921, III e 924, V) do código, como procedimento a ser seguido para a implementação dessa expropriação. Nessa hipótese, ademais, justifica-se que o início da fase do cumprimento da sentença *só se dê por iniciativa da parte exequente*, tal como prevê o art. 513, § 1º, do CPC.

Com efeito, há harmonia entre a exigência de iniciativa da parte para que comece o cumprimento de sentença por expropriação patrimonial e os comandos presentes nos arts. 921, III e 924, V, do código. A exigência de iniciativa para encetar o cumprimento por expropriação se põe *exatamente* porque, ausentes bens do executado, há risco concreto de paralisação do curso da execução e, eventualmente, de sua extinção, com a perda da pretensão à execução. O exequente, por isso, tem que ter o exato domínio da situação patrimonial do executado, de modo a saber o melhor momento em que deve ter início o cumprimento de sentença (por expropriação patrimonial), sob pena de ter frustrada a satisfação de seu crédito. Na verdade, é o regime de suspensão e extinção do cumpri-

mento diante da falta de bens penhoráveis que explica a exigência de iniciativa da parte exequente para inaugurar a fase do cumprimento *quando empregada a técnica de expropriação patrimonial*, nos termos exigidos pelo art. 513, § 1º, do código.

Quando, porém, a efetivação da prestação pecuniária se dê pelo emprego de alguma outra técnica – medida sub-rogatória ou de indução – então não se justifica a exigência de iniciativa da parte para o começo da fase de cumprimento. Ninguém imagina que, se a sentença impôs o pagamento de soma em dinheiro sob pena de sequestro de numerário, sob pena de multa coercitiva ou sob pena de restrição a direito, a efetividade dessa ordem fique condicionada a um prévio requerimento do exequente. Tampouco se há de imaginar que, nesses casos, a falta de bens penhoráveis do executado tenha algum reflexo para o prosseguimento da fase de cumprimento.

Em síntese, caso o magistrado indique, na sentença ou na decisão que imponha o pagamento de soma, o emprego da expropriação patrimonial como técnica idônea à obtenção do resultado, então a efetivação do cumprimento depende da iniciativa da parte interessada, até mesmo porque essa fase só deve iniciar-se caso haja certeza da existência de patrimônio responsabilizável, sob pena de ocorrer a suspensão do cumprimento, com eventual prescrição intercorrente da pretensão executória. Caso, porém, entenda o juiz por empregar outra técnica de indução ou de sub-rogação para impor a prestação, então todo esse regime (dos arts.

824 em diante, aí incluídos os arts. 921, III e 924, IV) é inaplicável, sendo viável a imposição da técnica *ex officio*,³⁸ até a obtenção do resultado esperado.

Sendo assim, parece claro que os preceitos indicados pela doutrina não são hábeis a apoiar a conclusão de que a efetivação de provimentos de pagar por meio de técnicas de sub-rogação ou de indução tenha caráter subsidiário no direito brasileiro. Ao contrário, aqueles artigos aplicam-se exclusivamente ao regramento de uma das técnicas empregáveis (a expropriação patrimonial), havendo outros preceitos que incidem quando outras forem as técnicas aplicadas. A existência daqueles comandos, portanto, não permite de forma alguma concluir pela subsidiariedade da aplicação do art. 139, IV, do CPC, no sistema atual.

Em verdade, a discussão a respeito da necessidade de prevalência de técnicas regradadas ou não para a tutela dos direitos não é nova, mesmo em outros países. Discussão semelhante, por exemplo, já foi travada no direito norte-americano, embora sob outro enfoque. Debatendo a questão do cabimento da tutela específica naquele ordenamento, chegou-se a esboçar alguns critérios para seu emprego, em detrimento do ressarcimento por equivalente. Sugeriu-se basicamente quatro critérios para a predomi-

38 Em todo caso, porém, parece razoável a aplicação da fungibilidade de técnicas, de sorte que o magistrado pode, notando a inidoneidade do meio originalmente imposto, modificá-lo, sempre no intuito de obter de forma mais rápida, efetiva e eficiente (e, na medida do possível, com a menor restrição possível ao executado) a satisfação do crédito.

nância da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente: a) deve-se exigir do autor a demonstração de que sofreu uma lesão irreparável; b) deve-se apurar se os instrumentos previstos regularmente (*at law*), como a reparação de danos, são inadequados para compensar aquele gravame; c) deve-se ponderar os gravames causados ao autor e ao réu com a concessão (ou não) da tutela específica; e d) deve-se considerar se o interesse público não será prejudicado com a concessão da medida.³⁹ Tais critérios, embora sejam considerados relevantes naquele ordenamento, não têm, jamais caráter absoluto na outorga de provimentos de tutela específica. Em verdade, como alerta a doutrina mais abalizada, tem-se confiado mais na discricionariedade judicial para a determinação do melhor instrumento para a proteção da situação posta *sub judice*.⁴⁰ Aliás, naquele ordenamento, tem sido alvo de acirrado debate a questão da necessidade de se verificar a *inadequação* dos instrumentos tradicionais, como requisito para a concessão da ordem judicial. Muitos autores têm sustentado que essa exigência não pode mais se sustentar, porque ela remonta a origem do direito processual inglês da *Court of Chancery*, não tendo, porém, mais cabimento perante o ordenamento atual. Esse tribunal de equidade, em sua origem, só poderia ser acionado se as tutelas previstas no regime “geral” (*at law*) se mostrassem inadequadas. Aí

39 Assim, U.S. Supreme Court, *Weinberger v. Romero-Barcelo*, 456 U.S. 305 (1982); *Amoco Production Co. V. Gambell*, 480 U.S. 531, 542 (1987).

40 V., RENDLEMAN, Doug. Ob. cit., p. 81 e ss.

reside a gênese do requisito da inadequação dos instrumentos tradicionais, como pressuposto para que se pudessem recorrer às *injunctio*ns. Todavia, essa dualidade no sistema processual anglo-americano está superada, de modo que não se justifica impor a inadequação das tutelas tradicionais para que o regime das *injunctio*ns seja aplicado.

A discussão havida naquele sistema, *mutatis mutandis*, pode ser transposta para o direito nacional. Parece que apenas o apego à tradição justifica a imaginada subsidiariedade do sistema atípico oferecido pelo art. 139, IV, do CPC. Nada, além disso, explica (e muito menos justifica) que ainda na atualidade seja necessário discutir sobre a prioridade do meio mais idôneo ou menos idôneo, na efetivação dos direitos.

5. Esboçando alguma conclusão

Concluído, então, que o regime de atipicidade não pode ser subsidiário – pouco importando a espécie de prestação a que deve proteger – a questão a ser respondida é: como deve o juiz orientar-se na escolha da ferramenta a ser empregada para a satisfação dos direitos?

Partindo da premissa de que *todos os meios de indução ou de sub-rogação* (e também a expropriação patrimonial) estão disponíveis, sem que se possa falar em subsidiariedade deste ou daquele meio, parece que o primeiro critério hábil a determinar a escolha do meio seja o da efetividade da medida a ser usada.

Se a “execução”, como já dito, se faz no exclusivo interesse do exequente, então a técnica a ser empregada deve considerar o caminho mais efetivo para a satisfação do crédito. Porém, também como visto, essa efetividade não pode ser vista apenas diante do processo, singularmente considerado. Deve-se também considerar, dentre outros aspectos, o esforço que aquele meio exigirá do Poder Judiciário especialmente no cotejo com os outros processos que também demandam a atenção do órgão jurisdicional.

Não há, então, como se falar de forma abstrata em medida adequada. Também, não se pode pretender estabelecer regras genéricas de adequação. De forma apriorística, pois, os poderes-deveres dos magistrados para impor as suas decisões são atípicos e amplos. O juiz não está preso a formas pré-ordenadas de efetivação (princípio da atipicidade das formas de execução), sendo livre para determinar o mecanismo mais adequado para o caso concreto. A escolha dos instrumentos a serem empregados para a efetivação de certa decisão somente poderá ser examinada diante do caso concreto.⁴¹

41 Recorde-se, a esse propósito, a controvérsia surgida na praxe brasileira, em relação à efetivação das sentenças que impunham o pagamento de expurgos inflacionários de cadernetas de poupança. Alguns juízes, entendendo que se tratava de obrigação de pagar, entendiam que a forma correta de execução deveria ser a “execução por quantia certa”; outros, por concluir que se tratava de obrigação de entrega de coisa (já que o dinheiro em questão era de propriedade do poupador, mas não havia sido repassado a este) entendiam por aplicar o regime da execução para a entrega de coisa; finalmente, havia juízes que entendiam que a prestação devida envolvia o “dever de creditar” (que seria operação meramente contábil e não abarcaria

Há, nesse sentido, certo âmbito de discricionariedade atribuído ao juiz para a determinação da técnica a ser empregada. Essa discricionariedade judicial⁴² na eleição dos meios de imposição da decisão judicial será orientada, especialmente, por quatro critérios básicos: *a)* o dever de máxima efetividade; *b)* o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; *c)* o critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes; *d)* em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado.⁴³

de fato a entrega de dinheiro) e por isso aplicavam o regime da execução de fazer. Qual a solução mais adequada? Aplicado o raciocínio do texto, a lógica das decisões mencionadas parte de premissa equivocada. Não se deve buscar a forma de execução segundo um “tipo abstrato” de prestação. Ao contrário, devem-se buscar as informações do caso concreto (as peculiaridades da prestação que se queira impor, ou seja, *in casu*, as particularidades envolvidas nessa restituição dos valores de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança) para, a partir daí, determinar os instrumentos mais adequados à proteção do interesse.

42 Vale relembrar que a noção de discricionariedade judicial não tem nenhuma relação com a ideia de discricionariedade administrativa. Deveras, não há espaço, em juízo, para considerações a respeito de conveniência e oportunidade. A noção de discricionariedade judicial envolve apenas a consideração de que há uma margem de liberdade para o juiz empregar a solução ótima diante do caso concreto. Como acentua Giovanni Verde, é necessário “una qualche discrezionalità nella maniera di corredare gli ordini con misure coercitive; una discrezionalità che si collega alla necessità che il giudice in qualche modo colleghi queste sanzioni alla specificità del caso” (VERDE, Giovanni. “Replica”, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 141/142).

43 V., sobre isso, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*, ob. cit., p. 323 e ss.

Substancialmente, os dois primeiros critérios são decorrência da aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao caso concreto. O primeiro deles (a máxima efetividade) decorre da característica, essencial a todos os direitos fundamentais, que impõe que a interpretação dada a essas garantias seja sempre otimizada. Os direitos fundamentais (dentre os quais se insere, por óbvio, a garantia de acesso à Justiça, que, como visto, é a base do direito à efetivação dos provimentos judiciais) devem sempre ser lidos de modo a extrair-se deles a maior efetividade possível. O Estado tem, portanto, o dever de oferecer o mais amplo espectro de instrumentos de efetivação das decisões judiciais imaginável.

Por outro lado, a garantia de acesso à Justiça pode contrastar com outras garantias, dadas ao “executado”. Logicamente, diante dessa colisão, não se pode sempre supor que o direito fundamental à inafastabilidade (e, consequentemente, os poderes de efetivação das decisões judiciais) deva prevalecer. Deve haver uma acomodação desses valores, de forma que ambos possam conviver de maneira harmônica, na maior amplitude possível de suas extensões. É nesse sentido que se põe, então, o segundo critério, acima indicado: *respeitar* as garantias dos que sofrerão a efetivação da decisão judicial, especificamente daquelas que possam entrar em colisão com o direito fundamental à efetividade da jurisdição.⁴⁴

44 Seriam impensáveis no Brasil, por exemplo, a imposição de penas ou sanções que denigram a imagem do infrator (ditas *shaming punishments*). São famosas, nos Estados Unidos, condenações impostas pelo juiz Mi-

Respeitar não significa, necessariamente, fazer sempre prevalecer essas garantias. Isso porque, quando houver colisão de garantias fundamentais (a garantia de inafastabilidade e alguma outra garantia), a noção de “respeito” indica a necessidade de perceber a existência desse outro valor constitucional, dando aos valores envolvidos a devida ponderação. As técnicas de solução da colisão de direitos fundamentais, e em particular o *critério da proporcionalidade*, terão papel decisivo aqui, na tarefa de determinação da amplitude a ser dada, no caso concreto, a cada um desses interesses.⁴⁵

A avaliação da proporcionalidade, ademais, deve pausar-se não apenas pela consideração da proporcionalidade endoprocessual – com a consideração dos valores constitucionais postos em jogo *dentro* de cada processo – mas também pan-processual, com a avaliação das consequên-

chael A. Cicconetti, da *Municipal Court of Painesville* (Ohio). Apenas como exemplo, tem-se o caso em que ele condenou um réu acusado de solicitar favores sexuais a uma prostituta a, entre outras coisas, desfilar pela cidade, vestido de galinha, com uma placa com a frase “não há Galinheiro em Painesville” – referência a bordel famoso no Estado de Nevada – EUA. Em outro caso, o mesmo magistrado condenou uma senhora (Michelle M. Murray – caso n. CRB0502125) a passar uma noite na floresta, sozinha, sem alimento ou qualquer entretenimento, como punição por ela ter abandonado 35 filhotes de gatos. Obviamente, sanções como estas, ainda que com função coercitiva, não caberiam no ordenamento nacional.

45 Nesse sentido, v. ARENHART, Sérgio Cruz. “Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner”. In http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda_a_im_penhorabilidade_de_altos_salarios_e_imoveis_de_elevado_valor_-_ponderacoes_sobre_a_critica_de_Jose_Maria_Tesheiner, acessado em 09/03/18.

cias que a adoção de certo mecanismo terá para a gestão do serviço “justiça” como um todo. Assim, por exemplo, um instrumento pode parecer *a priori* muito eficiente, ou muito balanceado na ponderação exclusiva do caso concreto, mas mostrar-se totalmente desarrazoado se considerado o universo de processos que estão sob a administração do magistrado. Tome-se o caso da penhora por meio eletrônico: muitos magistrados ainda se mostram adversos ao seu emprego, sob o argumento de que a medida toma muito tempo para ser realizada; pensado, porém, sob a perspectiva do conjunto dos processos, e mesmo da demora da específica execução, vê-se que o instrumento poupa um tempo imenso da atividade jurisdicional. O tempo “global” poupado – do Judiciário como um todo, aí incluídos os serviços auxiliares, como o trabalho cartorário e o do oficial de justiça – e a economia gerada com a penhora por meio eletrônico – para o Judiciário e para as partes – evidentemente superam a pontual complexidade maior do procedimento, de modo a indicar o seu emprego.

Finalmente, deve entrar em cogitação, também, a máxima estabelecida pelo art. 805, do CPC, que afirma que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Este critério, parece desnecessário dizer, aplica-se apenas diante da *multiplicidade de meios idênticamente idôneos*. Não se trata, portanto, de optar por meio *menos idôneo*, apenas porque ele implica menor onerosidade para o executado. Como claramente de-

termina o art. 805, parágrafo único, do CPC, a alteração do meio (em razão do princípio da menor onerosidade) depende da demonstração pelo executado da existência de algum meio “mais eficaz” e “menos oneroso”. Logo, se os outros meios disponíveis são *menos eficazes*, então o princípio da menor onerosidade não se aplica.

De toda sorte, não deve haver solução tida como correta para todos os casos. Somente a avaliação da situação concreta demonstrará qual o caminho melhor para a tutela de cada interesse, especificamente informado pela situação do requerido e pela observância de suas garantias fundamentais.

O juiz, assim, não tem uma liberdade para eleger o mecanismo de atuação que mais lhe aprouver. Está ele vinculado à observância das garantias mencionadas, devendo sempre escolher o instrumento que gere a maior efetividade para a sua decisão, sempre que possível com o menor sacrifício possível para eventuais garantias do requerido. Logicamente, essa ponderação há de passar por uma adequada justificação da decisão judicial, de modo a se ter expressa ponderação dos valores constitucionais envolvidos, o que permitirá o controle da legitimidade da atuação jurisdicional.

Sem dúvida, não é fácil determinar o ponto de equilíbrio entre a preservação das liberdades e os poderes a serem dados ao juiz. Não parece, porém, que a desconfiança na autoridade judicial – que se traduz na resistência ao em-

prego do art. 139, IV, do CPC, ou na compreensão de que essa técnica só pode ser aplicada subsidiariamente, diante da absoluta falha do meio tradicional – apresente a resposta adequada para que o processo de fato possa cumprir com sua promessa constitucional: oferecer ao jurisdicionado a proteção adequada, tempestiva e efetiva de seus direitos.