



FERNANDO AWENSZTERN PAVLOVSKY

PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2018

FERNANDO AWENSZTERN PAVLOVSKY

PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual.

Subárea: Direito Processual Civil.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2018

Autor: Fernando Awensztern Pavlovsky

Título: Poder Geral de Efetivação

Orientador: Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual.

Subárea: Direito Processual Civil.

Aprovado em ____/____/____

Banca examinadora:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Arnaldo e Léia, pela vida, pelo amor incondicional e pelo apoio contínuo.

Ao querido Professor Cândido Rangel Dinamarco, um dos maiores expoentes e pensadores do Processo Civil, por quem sempre nutri imensa admiração e em cuja obra, perene como uma acácia, sempre encontrei todas as respostas, pela oportunidade única de ter sido seu orientando.

A todos os meus mentores, responsáveis pela minha sólida formação, e em especial ao meu primeiro mestre de Processo Civil, Milton Paulo de Carvalho Filho, que o tempo transformou em amigo e colega de profissão, responsável por me introduzir em tal ciência e por ela me fazer encantar.

A todos meus amigos, irmãos escolhidos, sem os quais a caminhada pela estrada da vida seria muito mais árdua.

À minha amada esposa, Rebeca, parceira de jornada, pelo companheirismo e cumplicidade, pelo apoio e incentivo para jamais desistir.

Por fim, à minha princesa, Helena, que esteve presente desde o exame de qualificação, ainda no ventre de sua mãe. Obrigado por me fazer compreender o que é importante, ensinando-me o significado e o real sentido da vida.

“O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura numa das mãos a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende.

A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente; completam-se mutuamente; e, na realidade, o verdadeiro estado de direito só pode reinar quando a força despendida pela Justiça para empunhar a espada corresponda à habilidade que emprega em manejar a balança.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

O ordenamento jurídico se divide em dois planos distintos: o do direito material e o do direito processual. Segundo a teoria instrumentalista, que enxerga o processo de uma visão teleológica, este é um instrumento voltado à atuação do direito material (escopo jurídico) e, além disso, à consecução de outras finalidades decorrentes de sua natureza de relação jurídica de direito público (escopos sociais e político). O processo existe pela necessidade de dar concretude a um direito cujo plano material não foi suficiente para encerrar-lhe o ciclo de produção. Em outras palavras, não sendo observado o direito material, entram em cena o processo e a atividade jurisdicional por ele provocada para encerrar a crise jurídica proveniente daquela inobservância, garantindo assim a preservação do ordenamento e o bem-estar social. Em razão dessa visão publicista, segundo a qual o processo transcende os interesses meramente privados envolvidos no plano do direito material, vem sendo uma tendência da legislação atribuir maiores poderes ao juiz, representante na relação jurídica processual desse interesse público, para assegurar que o processo alcance seus escopos e seja um instrumento efetivo. O Código de Processo Civil de 2015, seguindo essa tendência, deu forte impulso ao incremento dos poderes do juiz, ao estabelecer em seu artigo 139, IV, uma cláusula geral que conferiu ao magistrado a possibilidade de impor medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias não previamente tipificadas em lei para assegurar o cumprimento de suas decisões, inclusive em ações cujo objeto seja o pagamento de quantia certa, consagrando assim o princípio da atipicidade das medidas executivas. Atribuiu-se, assim, ao juiz verdadeiro poder geral de efetivação, que merece ser bem analisado e delimitado para que seu exercício se dê de maneira a garantir a efetividade da tutela jurisdicional e do processo como instrumento de realização da justiça, e não acabe se transformando em arbítrio.

Palavras-chave: Instrumentalidade. Publicização do processo. Poderes do Juiz. Efetividade. Medidas indutivas. Medidas coercitivas. Medidas mandamentais. Medidas sub-rogatórias. Atipicidade das medidas executivas. Poder geral de efetivação.

ABSTRACT

The legal system is divided into two distinct plans: substantive law and procedural law. According to the instrumentalist theory, which sees the process under a teleological vision, it is an instrument in regards to the performance of the material law (legal scope) and, in addition to that, to the achievement of other purposes deriving from its nature of legal relationship of public law (social and political scopes). The procedure exists in order to give concrete substance to a right whose material plan was not sufficient to resolve the production cycle. In other words, when the non-observance of the material law, the process and the jurisdictional activity brought by it in order to close the legal crisis arising from that non-observance, thus guaranteeing the preservation of planning and social welfare. Due to this publicist view through which the procedure transcends the purely private interests involved in material law area, it has been a tendency for legislation to give greater power to the judge, representative in the procedural legal relationship of that public interest, to ensure that the procedure reaches their scopes and be an effective instrument. The Brazilian Procedure Civil Code of 2015, following this trend, gave a strong boost to the powers of the judge by establishing in its article 139, IV, a general clause that gave to the judge the possibility of imposing inductive, coercive, mandatory and subrogatory measures not previously established in law to ensure compliance with their decisions, including claims regarding payments of certain amount, enshrining then the principle of atypicity of executive measures. Therefore, the judge was granted with a general power of execution, which deserves to be analyzed and delimited so that its exercise is given to ensure the effectiveness of the judicial protection and the procedure as an instrument for the accomplishment of justice, and is not transformed into discretion.

Keywords: Instrumentality. Public nature of procedure. Powers of the Judge. Effectiveness. Inductive measures. Coercive measures. Mandatory measures (judge orders). Subrogatory measures. Atypicality of the means of enforcement. General power of enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – JURISDIÇÃO E PROCESSO.....	20
1.1. Considerações iniciais.	20
1.2. A ciência processual.	23
1.3. A instrumentalidade do processo.....	25
1.4. Instrumentalidade e garantismo: a publicização em oposição a uma concepção privatista do processo.	27
1.5. O juiz e sua responsabilidade pela efetividade do processo.....	34
CAPÍTULO II – A RELAÇÃO PROCESSUAL E OS PODERES DO JUIZ.....	36
2.1. A posição do juiz na relação jurídica processual.....	37
2.2. Poderes processuais.	40
2.3. Os poderes do juiz na condução do processo a uma tutela tempestiva, justa e efetiva.	42
2.3.1. Poderes de direção.	43
2.3.2. Poderes instrutórios.....	44
2.3.3. Poderes de efetivação.....	47
2.4. Críticas e oposições aos poderes do juiz.....	49
2.4.1. O princípio dispositivo.....	50
2.4.2. A imparcialidade.....	52
2.4.3. O ativismo.....	54
CAPÍTULO III – PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO.....	57
3.1. Poder geral de efetivação e outros poderes gerais (de cautela, de antecipação da tutela jurisdicional e de editar tutelas provisórias): paralelo e distinção.	57
3.2. A cláusula geral do poder de efetivação no Código de Processo Civil de 2015.	59
3.3. O poder geral de efetivação nas ações para cumprimento de prestações pecuniárias: a atipicidade das medidas executivas.	61
3.4. Medidas em espécie.....	63

3.4.1. Medidas sub-rogatórias.....	63
3.4.2. Medidas mandamentais.....	65
3.4.3. Medidas coercitivas.....	67
3.4.4. Medidas indutivas.....	71
3.3. Poder geral e discricionarieidade judicial.....	75
3.4. Parâmetros para o exercício do poder geral de efetivação e imposição das medidas em espécie.....	79
3.4.1. Motivação das decisões.....	79
3.4.2. Observância do contraditório.....	81
3.4.3. Excepcionalidade e subsidiariedade.....	84
3.4.4. Razoabilidade e proporcionalidade.....	85
3.4.5. Adequação e necessidade.....	91
3.4.6. Execução indireta, não sanção.....	93
CAPÍTULO IV ,– ANÁLISE DE CASOS E JURISPRUDÊNCIA.....	95
CONCLUSÃO.....	108
BIBLIOGRAFIA.....	110

INTRODUÇÃO

Após longa evolução que lhe conferiu autonomia e independência como ciência, o Direito Processual hoje é concebido, pela visão instrumentalista de seu fenômeno – o processo –, como meio de garantir e dar concretude ao direito material.

O processo não é um fim em si mesmo. É um instrumento pelo qual se materializa a atividade jurisdicional e que tem como seu principal escopo eliminar crises jurídicas provenientes do direito material, estabilizando e pacificando conflitos no seio da sociedade.

Em sua essência, é uma relação jurídica tríplice, que envolve a parte autora, que busca a tutela jurisdicional; a parte ré, em face da qual se objetiva a proteção e o comando estatal; e o Estado-juiz, perante o qual se coloca a pretensão e que detém a função jurisdicional.

Por força da relação jurídica processual,

de um lado o juiz assume o concreto dever de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum. Eis por que se trata de uma relação jurídica complexa, evolutiva, de direito público¹.

Diferentemente da relação jurídica de direito material, que se dá entre os sujeitos envolvidos no plano substancial por direitos e obrigações, na relação jurídica processual há um terceiro componente, com o qual esses sujeitos estabelecem direta ligação, e a quem cabe resolver a crise jurídica advinda daquela primeira, o Estado-juiz.

Ao juiz cabe conduzir e impulsionar esse método de solucionar controvérsias², devendo zelar pela observância das garantias que lhe caracterizam (contraditório e ampla defesa) e buscar dar a seus comandos efetividade. Para isso, é indispensável que possua poderes para administrar a justiça de um modo ativo, rápido e seguro³ e impor o cumprimento de suas decisões.

Infelizmente, parece não mais se sustentar nos dias atuais a opinião de Sidnei Agostinho BENETI, segundo a qual:

¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 262.

² José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 80.

³ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 395.

Por bem ou por mal, com maior ou menor dose de recalcitrância, acabam sendo executadas as decisões judiciais, mesmo que largamente alardeada a oposição à execução. Podem ser adiadas, podem ser diluídas as notícias da execução da decisão judicial, de modo a evitar-lhes o impacto, mas, se olharmos bem, com distância histórica, veremos que as decisões judiciais ainda são sempre executadas no Brasil, mostrando a vitalidade do Estado brasileiro, colocada sobre os ombros do Poder Judiciário⁴.

A experiência recente nos mostra que a conhecida expressão “decisão judicial não se discute, se cumpre” não possui a mesma solidez de outrora. São diversos os exemplos de menoscabo e desprestígio a decisões judiciais. Apenas para ilustrar, podemos citar diversos casos recentes de grande repercussão de descumprimento de decisões do Supremo Tribunal Federal, como: descumprimento à decisão do Ministro Marco Aurélio Mello sobre o afastamento do Presidente do Senado Federal⁵ do cargo; descumprimento da decisão do Ministro Luiz Fux para que o projeto das dez medidas contra a corrupção retornasse do Senado à Câmara dos Deputados; descumprimento da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso para que o projeto de Lei Geral de Telecomunicações permanecesse no Senado e não fosse encaminhado para sanção presidencial; a tentativa de aprovar projeto de lei e até mesmo emenda constitucional para autorizar a vaquejada, já declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Isso para ficar apenas nos exemplos que envolvem a mais alta Corte do país. Se lá está assim, como estará o respeito a decisões judiciais nas instâncias inferiores?⁶

⁴ *Da conduta do juiz*, p. 201.

⁵ O próprio Renan Calheiros, Presidente do Senado Federal à época, figura pública formadora de opinião, disse em alto e bom tom na ocasião que: “Nenhuma decisão ilegal é para ser cumprida, mesmo que seja decisão judicial. É um dever de cidadania” (<http://www.conjur.com.br/2016-dez-13/decisao-ilegal-nao-cumprida-renan-liminar>). Quem julga a ilegalidade de uma decisão judicial? A própria parte a quem a decisão é prejudicial? Em um Estado Democrático de Direito, há meios legítimos para se questionarem as decisões com as quais não se concorda. Ou há respeito pelas Instituições e pelos Poderes constituídos, ou retorna-se ao estado da selva e à justiça privada.

⁶ É certo que os exemplos citados de resistência a ordens emanadas do Supremo Tribunal Federal refletem uma crise institucional que há muito vinha-se esboçando, como já havíamos de certa forma projetado no nosso “*Do ativismo à onipotência: o Estado de Coisas Inconstitucional e a hipertrofia do Poder Judiciário*”. A queda de braço entre Legislativo e Judiciário, mais precisamente entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, atingiu seu ápice no último capítulo recente, em que foram impostas medidas cautelares diversas da prisão ao Senador Aécio Neves. Após o Senado Federal sinalizar com a possibilidade de descumprir as determinações, o Pretório Excelso por maioria acabou por recuar, permitindo que a Casa Legislativa decidisse pela manutenção ou não das medidas impostas e, em última análise, pela submissão ou não à decisão judicial. Submetida a decisão judicial ao referendo do Senado, este a rejeitou. Passando ao largo das discussões quanto ao acerto ou não de tal decisão, o fato é que ainda que a solução tenha sido correta, a sensação que se transmite é de enfraquecimento da autoridade da decisão judicial. Como será visto mais adiante, um dos escopos do processo é precisamente conscientizar os cidadãos e os educar para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios, e a preocupação é justamente a proliferação dessa sensação com o consequente desrespeito sistêmico à autoridade das decisões judiciais.

A efetividade do processo como instrumento para solucionar conflitos é preocupação constante e permanente tanto dos estudiosos desse ramo como dos operadores do direito em geral⁷.

De nada adianta garantir a inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) se o sistema não fornece um meio efetivo para a concreção dessas garantias.

Como bem define Kazuo WATANABE, o conteúdo da garantia do acesso à justiça compreende na realidade o acesso a uma ordem jurídica justa⁸. Para tanto, o sistema processual deve assegurar que a tutela jurisdicional atenda aos aspectos de qualidade, tempestividade e efetividade⁹. Se isso não ocorre, a garantia passa a ser algo meramente formal, que no fim das contas acaba por facilitar apenas o ingresso em juízo, mas não o egresso, ou, em outros termos, a plena atuação e satisfação do direito.

São inúmeras as alterações normativas promovidas pelo legislador na busca de instituir mecanismos de racionalização do processo, a fim de que este cumpra sua função de dar concretude ao direito material, o que só sucede quando a tutela é tempestiva e eficaz, pois, conforme a clássica lição de CHIOVENDA: “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire*”¹⁰, e segundo as perenes palavras de RUI BARBOSA: “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”¹¹.

Nessa tentativa, foram introduzidos até mesmo na Constituição Federal, por meio das Emendas Constitucionais n. 19/1998 e n. 45/2004, os princípios da eficiência (também voltado ao Poder Judiciário) e da razoável duração do processo.

Se o processo falhar em seus escopos, falidos estarão o sistema de justiça e a jurisdição como atividade de competência exclusiva do Estado, cabendo aos

⁷ Como já observava há cerca de duas décadas José Rogério Cruz e Tucci: “relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça” (*Tempo e processo*, p. 63).

⁸ *Acesso à justiça e sociedade moderna*.

⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 117 e ss.

¹⁰ *Dell’azione nascente dal contratto preliminare*, in. Saggi di Diritto Processuale Civile. 2. ed. Roma: Foro It., 1930, n. 3, p. 110.

¹¹ Oração aos Moços.

sujeitos buscar outros mecanismos alternativos, como a conciliação e a mediação, ou mesmo a arbitragem¹², ou retroceder a formas primitivas como a autotutela.

E para que o processo seja um mecanismo efetivo para a concretização do direito e a pacificação social, e não um instrumento de perpetuação de crises¹³, que serve de estratagema àqueles que, desprovidos de uma ética processual (*improbus litigator*), visam a descumprir a lei e a postergar o adimplemento de obrigações¹⁴, é de vital importância que o juiz seja dotado de poderes amplos para assegurar o cumprimento de suas decisões e saiba fazer bom uso deles em benefício de uma tutela jurisdicional tempestiva, justa e efetiva.

No âmbito da legislação processual, no decorrer das últimas décadas, foram introduzidas no sistema diversas inovações com o intuito de aperfeiçoar o processo sob os aspectos da tempestividade e da efetividade, para proporcionar assim ao consumidor dos serviços judiciários um processo civil de resultados¹⁵. E para atingir tal

¹² Embora nenhuma dessas seja dotada de caráter impositivo, como é a jurisdição, exatamente pela falta de poderes de coerção. Carlos Alberto CARMONA, um dos, senão o maior expoente sobre arbitragem no Brasil, sustenta o caráter jurisdicional do instituto. Para ele, não é impositivo que a atividade jurisdicional seja privativa e exclusiva do Estado. Se todo poder emana do povo, e os particulares desejam conferir a um terceiro, o árbitro, por meio da convenção arbitral, a função de solucionar uma crise jurídica, um conflito de interesses, não há razão para considerar essa atividade menos jurisdicional do que a praticada pelo Estado. E de acordo com o autor, a tese da jurisdicionalidade da arbitragem foi encampada pela Lei n. 9.307/96, ao estabelecer que a sentença arbitral não depende de homologação pelo Poder Judiciário. Contudo, o próprio autor reconhece que o que difere a atividade exercida pelo juiz togado daquela desenvolvida pelo árbitro é a capacidade de efetivar sua decisão: “Giuseppe Saredo ensina que seriam cinco os componentes da jurisdição: a *notio*, que corresponderia à faculdade de conhecer de uma causa; a *vocatio*, que seria a faculdade de fazer intervir no juízo todos aqueles cuja presença seria útil à justiça e ao conhecimento da verdade; a *coertio*, direito de fazer-se respeitar, de reprimir as ofensas que lhe forem feitas no exercício de suas funções, o *iudicium*, direito de julgar e pronunciar sentenças; e a *executio*, direito de tornar obrigatória e coativa, em nome do poder soberano, a obediência às próprias ordens e decisões (...). Sob tal enfoque, o árbitro seria dotado de *notio*, *vocatio* e *iducicium*, enquanto só as decisões do juiz togado estariam caracterizadas pela *coertio* e pela *executio*. Marco Tullio Zanzucchi simplifica as características de jurisdição, que compreenderia apenas três faculdades: a) uma faculdade de decisão (*notio*), que compreenderia o poder de conhecer, prover, decidir e recolher o material necessário (instruir a causa) para a tutela de um dado interesse; b) uma faculdade de coerção (*imperium*); e c) uma faculdade de documentação (...). Segundo esta última visão, seria correto afirmar que o árbitro estaria dotado das faculdades de decisão e documentação, enquanto somente ao juiz tocaria a faculdade de coerção” (Arbitragem e Processo, p. 264-265).

¹³ A efetividade do processo é também responsável pela própria imagem da Justiça, pois como bem assinala Cândido Rangel Dinamarco: “onde a justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela” (*Instituições...*, vol. I, p. 133), e o bom funcionamento da justiça, claro que entre outros inúmeros fatores, passa necessariamente pela existência de um instrumento efetivo para seu alcance.

¹⁴ Como ironiza Marcelo Abelha Rodrigues, ao comentar a previsão normativa do dever de boa-fé e cooperação, “se o processo fosse um mar de rosas perfumadas certamente o legislador não teria perdido seu tempo em dizer, quase em tom de pátrio poder e com status de norma fundamental, algo que deveria ser óbvio e ululante”. Infelizmente, como assinala o autor, “o processo é cheio de atalhos que permitem que, sob a sombra do contraditório, seja possível obstruir o caminho da satisfação do direito” (*O que fazer quando o executado é um ‘cafajeste’? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em 2/9/2017).

¹⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 36 e ss.

desiderato, as reformas gradativamente incrementaram os poderes do juiz, na busca de tornar mais concreta uma promessa abstrata de tutela efetiva, atacando o mal do tempo do processo e implementando sua potencialidade de criar resultados verdadeiros¹⁶.

Podem ser citados como exemplos: o poder de antecipação dos efeitos da tutela incluído no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 na reforma de 1994; o poder de concessão da tutela específica ou de determinação de providências para assegurar resultado prático equivalente em obrigações de fazer ou não fazer, bem como de imposição de medidas, como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva para sua efetivação, que passou a ser previsto no artigo 461 do Código revogado na reforma de 1994; os poderes ampliados na reforma de 2002, com a possibilidade de fixação de multa por tempo de atraso (*astreintes*) e sua extensão também para as ações para entrega de coisa (§5º do artigo 461 e artigo 461-A do referido código), entre outros¹⁷.

Mais precisamente com relação a essas últimas alterações, que trouxeram para o âmbito do processo civil comum a técnica da execução específica, prevista para ações envolvendo relação de consumo¹⁸ já desde 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor, passou-se a adotar a coercibilidade das obrigações¹⁹.

Assim, o sistema passou a prever, primeiramente para as ações de obrigação de fazer e não fazer, cuja execução por imposição imperativa do Estado-juiz é mais dificultosa – uma vez que o cumprimento da imposição depende muito da disposição do obrigado, sendo muito difícil obter sem a vontade deste o resultado ao qual

¹⁶ Eduardo de Albuquerque Parente, *Jurisdição e poder*, p. 190 e 193-194.

¹⁷ Eduardo de Albuquerque Parente cita ainda outros dispositivos que encerrariam acréscimo de poder ao juiz em diferentes graus e por motivos diversos (Ob. cit., p. 193).

¹⁸ Artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹ Nas clássicas lições de Enrico Tullio LIEBMAN, a satisfação coativa do direito do credor, que se faz mediante o exercício do poder dos órgãos jurisdicionais que, superando o óbice criado pelo inadimplemento do devedor, atingem esse objetivo prescindindo da boa vontade e colaboração deste, opera-se apenas por meios sub-rogatórios. A execução deve recair apenas sobre os bens do devedor e não sobre a sua pessoa. Segundo LIEBMAN a obrigação em si mesma seria sempre incoercível, porque o direito não poderia de maneira alguma constranger o devedor a ter, quando não quer, o comportamento a que é obrigado (*Manual de Direito Processual Civil*, p. 266). Conforme aponta DINAMARCO, a execução específica constitui negação desse tradicional postulado da incoercibilidade das obrigações, decorrente do dogma da intangibilidade da vontade humana. Segundo o mestre das Arcadas, foi com Chiovenda e Calamandrei que se procedeu a uma distinção entre infungibilidade natural e infungibilidade jurídica, estabelecendo-se a ideia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou em sua liberdade de querer ou não querer, atividades estatais imperativas que produzam situação jurídica final equivalente (tutela específica) ou então a imposição de medidas de pressão psicológica para compelir o obrigado a cumprir com a obrigação (*A reforma da reforma*, p. 220).

o credor tem direito²⁰ –, a possibilidade de o juiz, mediante meios coercitivos, vencer a resistência do obrigado, pressionando-o psicologicamente a cumprir a ordem judicial.

Posteriormente, tal possibilidade passou a ser admitida também nas ações para entrega de coisa, afastando a até então regra da conversão da obrigação não cumprida em perdas e danos²¹, que passou a tornar-se medida excepcional, apenas quando realmente impossível a tutela específica. Nas sempre elucidativas lições de DINAMARCO: “a execução indireta, ou por coerção, deixa de figurar como algo muito excepcional e passa a representar um papel muito importante entre as atividades destinadas à satisfação dos direitos e efetividade da tutela jurisdicional”²².

E o Código de Processo Civil de 2015, como tendência característica das legislações processuais modernas, ao dilatar os poderes do juiz na direção do processo²³, trouxe de forma expressa, em capítulo próprio no rol dos poderes do juiz, uma incumbência genérica de determinar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.

Além de consagrar em definitivo a técnica da execução indireta, que passou a ser estendida também para ações cujo objeto seja o pagamento de quantia, que da mesma forma passam a adotar o modelo de atipicidade das medidas executivas²⁴, o dispositivo estabelece na realidade uma cláusula geral²⁵ que confere verdadeiro poder

²⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 219.

²¹ O que seria apenas uma *meia justiça* (*Idem, ibidem*, p. 221).

²² *Ibidem*, p. 223-224.

²³ José Rogério Tucci, *A ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e o princípio da legalidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em 2/9/2017.

²⁴ Ao que o processualista Fernando da Fonseca GAJARDONI denominou de “revolução silenciosa da execução por quantia” (Artigo disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>, acesso em 22/6/2016).

²⁵ Sobre a definição de cláusula geral e a sua expansão do Direito Processual, valemo-nos das lições de Fredie Didier Jr.: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. (...) A técnica das cláusulas gerais contrapõe-se à técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies. É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. (...) as cláusulas gerais têm invadido o Direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado. Afinal, o Direito processual também necessita de normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto” (Disponível em:

geral de efetivação ao juiz, como destaca o Enunciado n. 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), com a seguinte redação:

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

Ao fixar uma norma aberta como essa, o legislador “parte da premissa de que, por ser impossível prever todas as necessidades futuras e concretas, é imprescindível dar poder aos operadores do direito para a identificação e a utilização dos meios processuais adequados às variadas situações”²⁶.

Um dos integrantes da comissão especial de elaboração do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, Paulo Henrique LUCON, ao comentar o dispositivo e o problema da falta de efetividade das decisões no país, devido ao “péssimo hábito de, no Brasil, não se cumprirem decisões judiciais”, afirmou que a comissão chegou à conclusão de que tinha de “conferir poderes aos juízes para essas medidas indutivas. Se o julgador tentou de tudo, buscou bens e não conseguiu, essas medidas podem ser utilizadas como *ultima ratio*”²⁷.

Alguns autores como Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO identificam em tal previsão a concessão de verdadeiro poder de *imperium*²⁸ ao magistrado, que dá novo significado à atividade jurisdicional, valorizando a autoridade das decisões judiciais e conferindo novos mecanismos de proteção dos direitos²⁹.

<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-81/>). V. mais em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clusulas-gerais-processuais/>.

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, p. 230.

²⁷ “Devedores podem ter passaporte e carteira de habilitação apreendidos”, Valor Econômico, 8/8/2016 (disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4661725/devedores-podem-ter-passaporte-e-carteira-de-habilitacao-apreendidos>, acesso em 10/8/2016).

²⁸ Sobre o poder de *imperium* que remonta ao Direito Romano, José Carlos MOREIRA ALVES, em sua clássica obra sobre o tema, ensina que os poderes dos magistrados se resumiam na *potestas* e no *imperium*, sendo este último: “a personificação, no magistrado, da supremacia do Estado, supremacia que exige a obediência de todo cidadão ou súdito, mas que está limitada pelos direitos essenciais do cidadão ou pelas garantias individuais concedidas por *lex publica*. O *imperium* compreende o poder de levantar tropas e comandá-las, o direito de apresentar propostas aos comícios, a faculdade de deter e punir os cidadãos culpados e a administração da justiça nos assuntos privados” (*Direito Romano*, p. 18).

²⁹ *O Novo Processo Civil*, p. 373. Segundo os autores: “O art. 139, IV, CPC, explícita os poderes de *imperium* conferidos ao juiz para concretizar suas ordens. A regra se destina tanto a ordens instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo das ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens exhibitórias na execução) como a ordens finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida)” (*Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 213).

Além do artigo 139, IV, que estabelece esse poder geral de efetivação, tal prerrogativa foi reproduzida também em outras disposições específicas, como é o caso do artigo 380, que estabelece os deveres de terceiros em colaborar com a causa e no qual consta para eventual descumprimento a possibilidade de imposição das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, bem como nos artigos 400 e 403, que disciplinam a exibição de documento ou coisa, atribuindo do mesmo modo tais poderes ao magistrado para assegurar a efetivação das decisões em tais casos.

Contudo, ainda que se possa vislumbrar nesses novos poderes um traço característico do *imperium* romano, pelo qual ao pretor cabia o poder de coerção de tutelar por decretos orais (os *interdicta*) situações de fato que lhe pareciam justas sem grandes considerações ou maiores motivações³⁰, é certo que na atualidade não se pode conceber seja o juiz dotado de um poder irrestrito, quase ilimitado³¹.

Como há muito já destacado por Adolfo Gelsi BIDART, ao comentar sobre os meios de coerção para o cumprimento de sentenças e ordens judiciais no Uruguai na década de 1980, “*las medidas para lograr eficacia en el proceso deben ser limitadas para no vulnerar valores superiores*”³².

Dessa forma, tornam-se imperiosos um estudo aprofundado e uma análise detida desse novo poder geral para que ele possa ser bem compreendido e utilizado de acordo com os fins aos quais se destina, fixando-se parâmetros para delimitar o seu exercício, a fim de compatibilizá-lo com as garantias dos sujeitos do

³⁰ Como leciona MOREIRA ALVES, os *interdicta* eram decretados pelo pretor apenas baseado no senso de justiça deste sobre situações de fato previstas no Edito, tendo como pressuposto serem verdadeiros os fatos alegados pelo litigante que lhe solicitara a ordem. Ao decretá-los, o pretor apenas inseria a fórmula do interdito sem estabelecer condições para sua concessão (Ob. cit., p. 248). Ao que tudo indica, portanto, esse poder de *imperium* era absolutamente discricionário, ficando a concessão da ordem ao puro alvedrio do magistrado, o que só veio a mudar, conforme ensina José Rogério CRUZ E TUCCI, com a promulgação em 17 a.C. da *lex Julia privatorum*, que teve como uma de suas finalidades tolher do arbítrio do pretor o maior número possível de controvérsias, na medida em que “o que anteriormente era regulado pelo pretor, em decorrência de seu *imperium* e com absoluta discricionariedade, agora vem regulado pela lei, e o pretor não faz mais do que *dare iudicium* em conformidade com os requisitos previstos na lei” (*Jurisdição e poder*, p. 27-28).

³¹ Ao rechaçar a ideia de discricionariedade judicial quando trata do poder geral de cautela, José Roberto dos Santos BEDAQUE assevera que adotar tal previsão: “não significa, todavia, seja o juiz pátrio dotado de poder discricionário em sede cautelar. Não se equipara ele ao pretor romano, que, no exercício do *imperium*, podia decretar os *interdicta*” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 233). Do mesmo modo deve-se compreender com relação ao poder geral de efetivação, de certa forma similar ao poder geral de cautela, conforme será analisado no Capítulo III.

³² *Tendências sobre coerción para el cumplimiento de sentencias y ordenes en los juicios no monetarios – Un planteamiento del problema en un país no desarrollado (Uruguai)*, p. 172.

processo, na medida em que a busca pela efetividade não pode se transformar em autoritarismo³³.

Há casos recentes de repercussão na sociedade em que o tema de fundo é o poder de efetivar as decisões judiciais, como, por exemplo: medidas coercitivas de suspensão do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, impostas como forma de compelir a empresa a cumprir uma determinação judicial³⁴; medidas de suspensão de carteira de motorista, passaporte e cartões de crédito, para forçar o cumprimento de obrigações de pagar.

Até que ponto esse poder geral pode ser exercido? Que tipo de medidas o juiz pode adotar para fazer cumprir suas decisões? O juiz pode determinar o fechamento provisório de uma fábrica para obrigar a empresa a cumprir uma obrigação pecuniária?

Nesse cenário, ganham destaque e relevância o tema do poder geral de efetivação e as medidas que lhe são inerentes.

O objetivo do trabalho será precisamente estudar esse poder geral de efetivação, disposto no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 139, IV, que atribui ao juiz a incumbência 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”.

Buscar-se-á fazer um apanhado geral da evolução do Direito Processual como ciência autônoma até chegar a sua terceira fase metodológica, a instrumentalidade, à qual se dará maior ênfase e atenção.

Será feita uma análise do chamado “garantismo processual”, propugnado pela corrente revisionista que se funda em uma concepção privatista do processo, em contraposição ao modelo publicista de visão dos instrumentalistas.

Com base nas premissas fixadas nesse início, será desenvolvida a ideia da efetividade do processo e da necessária participação ativa do juiz para atingir esse objetivo.

³³ José Carlos de Araújo Almeida Filho e Mariana Carneiro de Barros, *Os poderes do juiz e seus limites – Uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin*, p. 142.

³⁴ Eduardo TALAMINI aborda o caso com muita propriedade em *Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp*.

No segundo capítulo, pretende-se examinar a relação do juiz com as partes e sua posição na relação processual; abordar as situações jurídicas processuais, com foco na conceituação e definição dos poderes processuais; discorrer sobre os poderes gerais do juiz na condução do processo à luz de uma visão instrumentalista, estabelecendo uma relação entre os poderes de direção, instrutórios e de efetivação com o trinômio tempestividade-qualidade-efetividade³⁵; e analisar as objeções e argumentos contrários aos poderes do juiz e sua postura ativa.

Na sequência, o trabalho recairá sobre o seu núcleo principal, objetivando-se definir o poder geral de efetivação. Para tanto, será traçado um paralelo e feita a distinção com os demais poderes gerais (de cautela e de antecipação de tutelas jurisdicionais previstos no revogado Código de Processo Civil de 1973 e de tutelas provisórias do Código de Processo Civil de 2015), expondo a cláusula geral desse poder de efetivação disposto no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 e conceituando as espécies de medidas nele previstas (indutivas, coercitivas, mandamentais e subrogatórias), bem como propondo parâmetros para delimitar o exercício de tal poder e a consequente imposição das medidas possíveis.

Por fim, será feita uma breve análise de casos, de acordo com premissas e ideais fixados no decorrer do trabalho, seguindo-se a sua conclusão.

³⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 117 e ss.

CAPÍTULO I – JURISDIÇÃO E PROCESSO

1.1. Considerações iniciais

Nas fases primitivas da civilização dos povos, não existia um Estado suficientemente forte para substituir os indivíduos na função de impor o direito acima da vontade dos particulares.

Nesse momento, ou os sujeitos resolviam seus conflitos pela autocomposição (formas: desistência – renúncia à pretensão; submissão – renúncia à resistência à pretensão; transação – concessões mútuas), ou prevalecia a lei do mais forte e a vingança privada, ficando a “justiça” e o “direito” à mercê da autotutela, pela qual um sujeito impõe a sua vontade ao outro pela força³⁶.

Com a evolução da sociedade, o fortalecimento do Estado e os indivíduos cedendo parte de sua liberdade para a convivência comum, passando o ente estatal a gerir a vontade geral, o que caracteriza o chamado “contrato social hipotético” de Rousseau, começou-se a adotar a jurisdição como meio de resolução dos conflitos³⁷.

Um terceiro, o Estado-juiz, independente e imparcial, é chamado a resolver os conflitos entre os sujeitos e a exercer a atividade de dizer o direito (*jurisdictio*).

É por essa atividade, a jurisdição, que cabe ao Estado-juiz³⁸ aplicar a norma jurídica a determinado conflito, determinando quem tem razão ou a quem cabe o direito³⁹. E essa atividade se desenvolve por meio do processo. É ele o instrumento pelo qual se materializa a jurisdição; um sistema de realização da atividade jurisdicional.

Pelo prisma estritamente jurídico, de acordo com a teoria dualista do ordenamento jurídico, defendida por Giuseppe CHIOVENDA, segundo a qual o

³⁶ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 26 e ss.

³⁷ “A sujeição da vontade individual a uma vontade superior, vista em escala macroscópica, viria a dar no Estado; em escala microscópica, no processo” (*Idem, ibidem*, p. 297).

³⁸ Sobre a jurisdição privada ou a jurisdicionalidade da arbitragem, v. nota de rodapé n. 7.

³⁹ No escólio de Humberto Theodoro Júnior: “A prestação estatal de justiça, que começou com o encargo de apenas definir os direitos, envolvidos em litígio, acabou encampando também a missão de executá-los, quando injustamente resistidos. Para desempenho da função acima, estabeleceu-se a jurisdição, como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol.I, p. 32).

ordenamento se divide em dois planos distintos, o do direito material e o do direito processual, o escopo do processo é a atuação da vontade concreta do direito⁴⁰.

Contudo, como bem elucida Cândido Rangel DINAMARCO, são variados os substratos que legitimam a existência do processo como mecanismo de resolução de conflitos. Dessa forma, ele não deve ser encarado apenas como algo puramente técnico ou jurídico, mas examinado também de um prisma externo e metajurídico. É dessa análise de aspectos sociais, políticos e culturais que o ilustre processualista extrai outros escopos do processo⁴¹.

Entre os escopos sociais está a função fundamental do processo, que é a pacificação: “pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”⁴².

Além desse propósito, outra missão social do processo é a educação. O processo como meio de resolução de conflitos e pacificação social também

⁴⁰ Sobre a evolução da ciência processual e as teorias unitária e dualista do ordenamento v. item 1.2. infra.

⁴¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I., p. 129 e ss.

⁴² Cândido Rangel Dinamarco, *ibidem*, p. 132. Aqui cabe um parêntese. Infelizmente, o processo não é um mecanismo mágico que tem o condão de estabelecer a paz em uma sociedade conflituosa. De um prisma filosófico, o processo quase que na totalidade das vezes não pacifica. Quando se fazem necessárias a instauração de um processo e a solução heterônoma de um conflito por parte do Poder Judiciário, porque os sujeitos nele envolvidos por si sós não conseguiram resolvê-lo a contento, é porque a crise “metajurídica” é insolúvel. Não à toa que sempre advertiu José Renato NALINI em inúmeros discursos, entre eles em sua despedida da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que “a Justiça é uma UTI social”, pois nela se encontram as patologias de toda origem, uma vez que o processo existe em razão dos desvios de comportamento, do descumprimento dos deveres legais (<https://www.tjsp.jus.br/Imprensa/Noticias/Noticia?codigoNoticia=29048>). De forma similar dizia J.J. Calmon de Passos: “(...) nós, profissionais do Direito, cuidamos de uma doença social – o conflito – como os médicos cuidam de uma doença do corpo. Dedução necessária: se num país abundam médicos, hospitais, preventórios etc., é porque a saúde do povo vai muito mal. O mesmo vale para o direito. Quando se exigem muitos juízes, muitos tribunais, muitos advogados privados ou públicos e há milhões de processos em curso, isso é sinal evidente de que socialmente este país está de mal a pior. E a doença que o direito cuida chamam-na inadequadamente de injustiça, mas devia ser mais bem qualificada como falência da instituições sociais, como a doença do corpo é a falência de nossos órgãos e dos sistemas em que eles se inserem” (*O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*, p. 219). Valendo-nos da alegoria do mestre baiano, o processo pode ser considerado um remédio paliativo, que elimina e pacifica a crise jurídica, mas raramente aquela que a ensejou. Isso porque dificilmente o processo não se caracteriza como um método destrutivo de resolução de conflitos. Sobre o tema, André GOMMA DE AZEVEDO cita um interessante caso para reflexão sobre uma ação em que julgado procedente o pedido de danos morais feito por um filho contra seu pai por abandono afetivo e em que aquele em entrevista teria chorado ao afirmar que não conseguiu o que queria, mesmo tendo sido acolhida sua pretensão judicial, pois o pai, ao saber da decisão, informou que jamais voltaria a lhe dirigir a palavra, concluiu o autor que embora formalmente a crise jurídica tenha se encerrado, com um vencedor e um perdedor, na realidade no conflito houve, de fato, dois perdedores (*Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. Técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos*, p. 107).

conscientiza os cidadãos e os educa para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios⁴³.

No aspecto político, o processo cumpre uma função de solidificação e fortalecimento das instituições políticas, bem como abre oportunidade para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado. Ao ser o mecanismo hábil para impor o cumprimento das leis e o respeito ao ordenamento jurídico, garantindo assim a autoridade do próprio Estado, o processo concorre para a estabilidade das instituições estatais, ao mesmo tempo em que permite ao cidadão atuar de modo a influir politicamente nos rumos desse Estado⁴⁴.

Para que todos esses escopos sejam alcançados, contudo, é necessário que o processo tenha aptidão para produzir os resultados dele esperados ou, em outros termos, seja um instrumento efetivo.

A falta de efetividade do processo acaba não apenas por fazer com que os escopos mencionados não sejam atingidos, mas gera um efeito reverso, pois a partir do momento em que o instrumento idealmente concebido para pacificar e solucionar conflitos acaba os eternizando, sem conseguir entregar àquele que tem razão aquilo a que ele tem direito, cria-se, inversamente, uma cultura de desrespeito aos

⁴³ Cândido Rangel Dinamarco, *ibidem*, p. 133.

⁴⁴ DINAMARCO cita como exemplos de participação política do cidadão por meio do processo: a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade e outros remédios constitucionais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, etc., voltados a garantir as liberdades públicas e controlar o exercício do poder (*ibidem*, p. 134-135). E como tal participação política se dá pela provocação do Poder Judiciário, para o qual acaba sendo transferida essa atuação quando instado a decidir, reflexo desse escopo político do processo acaba sendo a “judicialização da política e politização da justiça”, sobre a qual tão bem discorre MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. E esse papel político observado pelo ilustre professor das Arcadas se manifesta precisamente pelos meios processuais, cujos exemplos são os mesmos de Dinamarco. Para o eminente constitucionalista, são manifestações dessa tendência: a previsão do mandado de segurança como remédio para a proteção de outros direitos não amparados pelo *habeas corpus*, o que passou a permitir o controle de atos de autoridades e abriu caminho, por exemplo, para o questionamento de atos de intervenção no domínio econômico; a instituição da ação popular, que possibilitou a discussão acerca da lesividade de ato do administrador público e viabilizou a análise do mérito de decisões governamentais, uma vez que o espectro do conceito de “lesividade” é totalmente diverso daquele de mera “legalidade”; o estabelecimento do controle direto de constitucionalidade, que evoluiu na Constituição Federal de 1946 com a ação direta, pela qual o Poder Judiciário passou a retirar a eficácia de uma lei apenas por sua decisão, sem necessidade de ato de outro Poder; a normatização da ação civil pública em 1985, cuja abrangência foi ampliada pela Constituição Federal de 1988, como circunstância que contribuiu para essa mudança de papel do Judiciário, pois, no mais das vezes, é o próprio Estado o responsável pelos danos ao meio ambiente, ao consumidor ou aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico que o instrumento processual visa a coibir. Assim, o Judiciário passou a controlar a Administração Pública não só em vista de interesses individuais, mas também em prol do interesse geral, não apenas fiscalizando o respeito à lei, mas adentrando no controle de opções discricionárias (*Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 195-200 e 207-208).

direitos, bem como descrédito nas instituições, pois “onde a justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela”⁴⁵.

1.2. A ciência processual

O direito processual passou por uma longa evolução histórica até conquistar autonomia como ciência.

A fase do sincretismo, reinante desde os primórdios até o século 19, via o sistema processual como parte integrante do direito substancial.

Inicialmente, os romanos concebiam como integrante da figura da *actio* o que hoje compreendemos de forma independente como direito subjetivo. Assim, o direito era considerado à luz da ação. Tinha direito quem tinha a *actio*.

Posteriormente, tal concepção se inverteu. A teoria civilista da ação passou a pregar que “tudo vive no direito subjetivo, inclusive a ação, que outra coisa não seria senão o próprio direito “*armado para a guerra*”⁴⁶. Dessa visão decorria a afirmação de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (teoria imanentista da ação), conforme previa de forma expressa o Código Civil de 1916.

Sobreveio a segunda fase, que tem como seu expoente Oskar VON BÜLOW, cuja obra defendeu a existência de uma relação jurídica processual que não se confunde com a relação de direito material⁴⁷ e, nas palavras de Cândido Rangel DINAMARCO, constitui verdadeiro “assento de nascimento” da ciência processual⁴⁸.

⁴⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 133.

⁴⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 259.

⁴⁷ VON BÜLOW no prólogo de sua obra já indicava a guinada que pretendia propor: “*La ciencia procesal civil tiene, todavía, un largo camino que recorrer para alcanzar el progreso a que se ha llegado en los demás campos del derecho. Para esto, se requiere, ante todo, el esfuerzo de una investigación dogmática libre. Todavía yacen en la penumbra las más importantes y básicas ideas procesales, oscurecidas por una construcción conceptual inadecuada y una errónea terminología; ambas, herencia recibida del derecho medieval y conservadas con la mayor fidelidad y constancia*”, podendo a mudança de rumo que redundou na fase autonomista do processo ser extraída logo dos primeiros parágrafos de seu capítulo inicial: “*Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el*”

Mesmo nessa segunda fase autonomista do processo, contudo, verifica-se certa recidiva com respeito à confusão e à dependência entre direito material e processual, o que se verifica pela existência da teoria unitária do ordenamento jurídico, defendida por Francesco CARNELUTTI, segundo a qual direito material e direito processual seriam integrados em um mesmo todo, pois o primeiro não seria autossuficiente, necessitando do segundo para efetivá-lo. Para o italiano, sem o processo ter-se-ia o “direito inerte”⁴⁹. Portanto, de acordo com a teoria unitária, o ciclo de produção dos direitos só se completaria de fato com a existência do processo.

Em sentido diverso, a teoria dualista, a favor da qual se posicionou CHIOVENDA, prega uma nítida cisão entre direito material e direito processual, não havendo relação de dependência entre ambos. Dessa forma, não é o processo que “cria”; o direito material é suficiente para criar direitos e obrigações, independentemente da celebração daquele. Assim, com a ocorrência do fato que se enquadra na norma (subsunção à hipótese jurídica – *fattispecie*), nasce a consequência, encerrando-se com esta o ciclo de produção do direito. O processo seria eventual *posterius* para dar efetividade àquele direito, daí afirmar que o escopo jurídico do processo para a teoria dualista é a atuação da vontade concreta do direito⁵⁰.

Foi nessa segunda fase, portanto, que surgiram as grandes teorias processuais sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais, com a criação, enfim, de uma ciência processual⁵¹.

A luta processualista pela conquista da autonomia cumpriu seu papel, mas acarretou certas visões exageradas e distorcidas do processo como um fim em

aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública” (La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales, p. 1-2).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 261.

⁴⁹ *Idem*, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 209.

⁵⁰ BEDAQUE elucida a distinção entre as teorias unitária e dualista: “Para os adeptos da teoria dualista, o juiz declara a norma preexistente, estabelecida em abstrato pelo legislador. Já os unitaristas conferem ao julgador função criadora do direito, que passa a existir após a intervenção judicial” (*Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* p. 22). Conforme esclarece na sequência o renomado processualista das Arcadas, por “declarar o direito” deve-se entender a atividade de natureza criativa (mas não arbitrária) do juiz em extrair o significado do texto legal, o que não significa que o direito só nasce com essa interpretação feita pelo julgador (compreensão da teoria unitária do ordenamento). A subsunção do fato à previsão legal por si só é suficiente para o nascimento do direito, que na grande maioria das vezes acaba atuando pela sua observância por parte de seus próprios destinatários. Apenas quando no plano substancial o direito material não é cumprido de forma espontânea é que entra em cena o plano processual, no qual o juiz extrai o conteúdo e o alcance da norma pela interpretação de seu enunciado.

⁵¹ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 48.

si mesmo, o que culminou no início de um terceiro momento metodológico do direito processual, agora já como ciência autônoma, que é a fase da instrumentalidade, a qual encara o processo como instrumento a serviço do direito material.

Tendo o processo adquirido maturidade como ciência, a fase instrumentalista representa o fim das preocupações exclusivamente endoprocessuais e o início de uma visão teleológica do processo⁵².

Como bem sintetiza BEDAQUE, a histórica relação entre direito e processo “inicia-se com a absoluta identidade entre ambos e se chega a uma desvinculação indesejável. O método instrumentalista iniciou o retorno”⁵³.

1.3. A instrumentalidade do processo

A teoria instrumentalista, cujo maior expoente e disseminador de sua ideia no Brasil é DINAMARCO⁵⁴, resgata e enaltece o caráter acessório do processo como meio, ou, melhor dizendo para fazer jus à terminologia, instrumento, a serviço do direito material.

Parafraseando BEDAQUE, não foi Dinamarco, todavia, que inventou o óbvio, mas sim teve a perspicácia e a originalidade de sistematizar a ideia, propondo a revisão do modo como a ciência vinha tratando o fenômeno ‘processo’, que passa a ser analisado por uma visão teleológica, preocupada com seus escopos e com os resultados dele esperados⁵⁵.

Conforme mencionado, na busca de sua autonomia, o processo acabou tornando-se um fim em si mesmo, “como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou a preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”⁵⁶.

A instrumentalidade surge como forma de corrigir esse desvirtuamento, com base em uma postura crítica a essa visão introspectiva do exame do

⁵² José Roberto dos Santos Bedaque, *Instrumentalismo e garantismo...*, p. 3.

⁵³ *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, p. 30.

⁵⁴ *A instrumentalidade do processo*.

⁵⁵ *Instrumentalismo e garantismo...*, p. 2 e ss.

⁵⁶ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 49.

direito processual, com a priorização da análise do processo em seu aspecto externo, de uma perspectiva voltada para seus objetivos e resultados⁵⁷.

Willis Santiago GUERRA FILHO vê a instrumentalidade até mesmo como uma expressão de proporcionalidade:

a relação mesma entre direito material e processual é de ‘meio-e-fim’, trazendo consigo a marca da proporcionalidade: um processo, por exemplo, não pode ser sobrecarregado com um excesso de formalismo, pois assim se torna um fim em si mesmo, entretendo a aplicação do direito, ao invés de servir a ela, muito embora seja incontestável a necessidade de obedecer a certas formalidades para garantir o regular desenvolver do procedimento e, com isso, conferir maior segurança de que a ordem jurídica será observada⁵⁸.

Assim, ganham importância, além do escopo jurídico, os escopos sociais (pacificação e educação) e políticos do processo, já antes mencionados, todos esses *fins* aos quais o instrumento (*meio*) se destina.

DINAMARCO destaca dois aspectos da visão instrumentalista: o negativo e o positivo.

O aspecto negativo, considerada a premissa de que o processo é instrumento a serviço do direito material, constitui a derrocada da concepção autonomista que cultuava a forma pela forma, sendo um fator de contenção de exageros e distorções. Nesse endereçamento negativo, a instrumentalidade do processo se assemelha ao princípio da instrumentalidade das formas⁵⁹, sendo sua projeção maior, pois aquele parte de um exame do processo de um ângulo exterior, considerando que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar, ao passo que por este último examinam-se os atos do processo em perspectiva interna sob a mesma ideia⁶⁰.

A outra vertente da instrumentalidade é servir como elemento propulsor para a efetividade e para o cumprimento dos escopos do processo, o que se tem como viés positivo. Nesse aspecto, pela visão instrumentalista, há quatro pontos fundamentais que merecem atenção: a admissão em juízo; o modo-de-ser do processo; a justiça das decisões; e a efetividade das decisões. É com a facilitação da admissão em juízo, tanto de uma perspectiva econômica (custos, assistência judiciária) quanto pela

⁵⁷ Roberto Sampaio Contreiras de Almeida, *Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo*, p. 90.

⁵⁸ *Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz*, p. 120.

⁵⁹ Consagrado expressamente por nosso Código de Processo Civil, ao dispor que: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (artigo 277).

⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 318.

legitimação para defesa e proteção de direitos transindividuais (ações coletivas), que se universaliza a jurisdição; é pelo modo-de-ser do processo, com a observância do contraditório, a participação ativa do juiz no processo (inquisitividade) e em sua instrução probatória, bem como a simplificação da técnica processual com vistas à racionalização do procedimento, que se garantem melhores resultados ao processo; é pelo compromisso com a justiça das decisões que se evitam formalismos exacerbados; e é com a efetividade que se entrega, em definitivo, àquele que tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito⁶¹.

1.4. Instrumentalidade e garantismo: a publicização em oposição a uma concepção privatista do processo

Conforme já mencionado, a relação jurídica processual é uma relação de direito público.

A partir do instante em que o plano do direito material não encerra o ciclo de produção do direito, sendo necessário provocar a atividade jurisdicional para dar àquele efetividade, a relação entre os sujeitos acaba por transcender o interesse meramente particular, passando a haver um interesse público, do Estado-juiz, na atuação da vontade concreta do direito para se atingir a solução da crise jurídica instalada e a consequente pacificação do conflito. Como destaca BEDAQUE, a finalidade do processo “é a atuação do direito objetivo, sendo a proteção de direitos subjetivos uma consequência natural”⁶².

IVAN ORDINE RIGHI, ao tratar do processo e falar sobre os interesses particulares e o interesse público nele envolvidos, cita o seguinte exemplo de Chiovenda para ilustrar essa coexistência: se alguém vai a um comerciante para adquirir algo que necessita, o faz visando a satisfazer um interesse particular seu; contudo, o

⁶¹ *Idem, ibidem*, pp. 319 e ss.

⁶² *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 70. Ainda, segundo BEDAQUE: “Nenhum estudo sobre direito processual pode prescindir de duas premissas básicas: trata-se de ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Daí decorre que, ao menos em princípio, os institutos processuais não devem ser contaminados pelas regras que regulam a relação jurídica de direito substancial, deduzida pelo autor na inicial e transformada em objeto do processo. Isso porque, sendo autônomo, tem fins distintos de seu conteúdo e que se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções por ele exercidas e por meio da qual busca manter a observância do ordenamento jurídico e, em última análise, atingir o escopo maior de assegurar o bem-estar da sociedade. A conclusão de que os princípios da relação jurídico-substancial não devem repercutir no processo, ao contrário do que possa parecer, não nega seu caráter instrumental. É simplesmente o resultado do exame da ‘instrumentalidade do processo’ não em função da parte, de seus interesses e de seu eventual direito subjetivo, mas do Estado e de seus objetivos” (*Ibidem*, p. 13-14).

comerciante, ao vender aquilo de que a pessoa necessita, não está buscando satisfazer o interesse do adquirente, mas sim o interesse do seu próprio negócio⁶³. E explica o autor:

(...) é mais ou menos nessa linha de raciocínio que o estado presta a tutela jurisdicional; o faz antes de tudo em atenção ao interesse público, o faz antes de tudo para preservar as regras que ele mesmo lhe dita para o convívio social. Mas é claro que assim fazendo, presta também tutela ao interesse particular daquele que foi em busca de justiça⁶⁴.

Diante dessa transcendência dos interesses particulares e do acentuado interesse público⁶⁵ envolvido no processo, parece impositivo e claro que a sorte do processo, compreendida tanto no que se refere ao resultado quanto a sua efetividade, não possa ficar ao alvedrio dos litigantes. Cabe ao juiz, portanto, zelar para que ele seja instrumento capaz de atuar concreta e corretamente o ordenamento jurídico material.

É a compreensão que têm do processo os instrumentalistas:

Para quem considera a jurisdição atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, mediante atuação das regras do ordenamento jurídico, não pode aceitar o domínio das partes sobre o instrumento pelo qual ela atua. A visão publicista do fenômeno processual é incompatível com a figura do juiz espectador, para quem o resultado do processo está relacionado ao desempenho da parte e de seu representante⁶⁶.

Há, contudo, aqueles que ainda concebem o processo como um negócio particular, cuja função é tão somente a tutela de direitos subjetivos, meramente privados. É o que prega a corrente revisionista⁶⁷, crítica da denominada “publicização” ou “socialização” do processo⁶⁸. Para os seguidores dessa corrente, mitigar-se o princípio

⁶³ *Os poderes do juiz*, p. 42.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁵ Interesse público este tanto primário quanto secundário. Primário de toda a coletividade em que o processo atinja seus escopos e seja de fato instrumento de pacificação social. Secundário do próprio Estado e que o sistema de justiça funcione a contento, seja eficiente e efetivo. Interessantes estudos mostram o impacto da disfuncionalidade da Justiça no chamado “custo Brasil”, pois empresas estrangeiras deixam de investir no país em virtude dos problemas que envolvem a má prestação jurisdicional, dentre os quais a morosidade e a falta de efetividade. Nesse sentido: José Renato Nalini, *Ousadia da planície: pautar o CNJ*, e Leslie Ferraz, *A demora do Judiciário e o custo Brasil*. Sobre interesse público primário e secundário, ver: Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 65 e ss., e Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 49-50.

⁶⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios...*, p. 10-11. Na mesma linha defendia Piero CALAMANDREI: “*también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto: no debe permitirse, pues, a los particulares, invocar la justicia para hacerla servir a fines opuestos a ella; ni enganar a los tribunales con sus ataques dilatorios a los cuales el juez se vea obligado a asistir inerte, mientras les placa a los contendientes hacerlos durar*” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 395).

⁶⁷ Na Itália, essa corrente foi desenvolvida a partir das ideias de Franco CIPRIANI e Girolamo MONTELEONE. Na doutrina espanhola, o autor mais crítico da “publicización” é Juan MONTERO AROCA. Sobre o assunto, v. Joan PICÓ I JUNOY, *El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*.

⁶⁸ Adepto dessa corrente, mas crítico de sua nomenclatura, MONTELEONE afirma que o termo é utilizado para qualificar “*en modo indudablemente sugestivo y negativo a los estudiosos que siguen pensando que el*

dispositivo⁶⁹, colocando o juiz em uma posição ativa e de destaque na condução do processo, seria manifestação de uma ideologia fascista ou autoritária⁷⁰.

Sob tal argumentação, tomando emprestada a doutrina filosófica do garantismo cunhada por LUIGI FERRAJOLI⁷¹, que questiona o arbítrio punitivo estatal, mais precisamente no campo do direito penal, e propõe a sistematização de uma teoria geral de garantias ou, nas palavras de Norberto Bobbio, “vigas-mestras do Estado de direito que têm por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder”⁷², pugnam os revisionistas por um denominado “garantismo processual”, que só seria assegurado quando às partes é conferido o protagonismo e os mais amplos poderes na condução do processo, sendo o juiz mero espectador, passivo, cuja função é simplesmente solucionar as controvérsias sem poder de influir no caminho para essa solução.

Ao falar sobre o pensamento de Franco CIPRIANI, partidário da corrente revisionista e crítico da concepção publicística do processo e dos poderes prescritos ao juiz pelo código de processo civil italiano, que segundo ele seria autoritário e antiliberal⁷³, Giovanni VERDE assinala:

se debería concluir que a nuestro autor no le interesan tanto la eficiencia y la rapidez, sino la realización de un proceso totalmente dirigido por las partes com la intervención final del juez: un proceso, si quiere, sin proceso; en sustancia una controversia inter partes con eventual posibilidad de recurrir al juez en los momentos en los cuales ellas, las partes, no sean capaces de resolver una situación por sí solas. Al mito del juez autoritario, si quisiéramos adotar la

proceso sirve esencialmente para reconocer y reintegrar los derechos subjetivos de los ciudadanos lesionados o amenazados por el ilícito comportamiento ajeno, y que em esto se resuelve, sin otros añadidos, su interés público y social” (El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil, p. 176).

⁶⁹ A necessária e fundamental coexistência entre o princípio dispositivo e o inquisitivo para que o processo atinja seus melhores resultados e seja instrumento efetivo de concretização dos direitos é bem explicada por DINAMARCO: “Não há oposição, contraste ou conflito entre a *disponibilidade da tutela jurisdicional*, que repudia a instauração de processos de ofício pelo juiz; e o *princípio inquisitivo*, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado. Exaure-se aquela no veto à iniciativa oficial, não chegando sequer ao ponto de permitir a unilateral e peremptória revogação da vontade de contar com o processo e com a tutela jurisdicional. (...) Atuam pois em campos distintos a disponibilidade da tutela jurisdicional, que informa a conduta dos sujeitos antes da instauração do processo e até que ele se instaure; e o princípio inquisitivo, que diz respeito ao modo como o processo é conduzido. (...) No processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo. (...) Quando aplicado de modo absoluto, o *princípio dispositivo* conduziria à integral liberdade concedida aos litigantes para determinar o ritmo do procedimento, os rumos da instrução processual, a maior ou menor efetividade da execução forçada *etc.*” (*Instituições...*, vol. I, p. 239-240). O tema será retomado no Capítulo II.

⁷⁰ V. Juan Montero Aroca, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justitia” autoritaria*. Girolamo Monteleone, *Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un “revisionista”*.

⁷¹ *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*.

⁷² *Ibidem*, p. 7.

⁷³ *El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*.

*terminología de Montero, lo reemplaza el mito del juez mero decisor de cuestiones*⁷⁴.

Para os adeptos dessa concepção, o processo é um instrumento voltado unicamente às partes⁷⁵, que devem poder valer-se de todas as armas possíveis existentes no ordenamento e no sistema processual sem qualquer tipo de censura (v.g. controle da boa-fé processual) e dispor dos meios processuais (v.g. impulso, produção de provas) conforme seus interesses, sem limitações⁷⁶. Em síntese, para os garantistas, não cabe ao juiz dirigir a marcha processual: ele não conduz, deve ser conduzido.

Assim, para os que se autointitulam como garantistas, qualquer poder conferido ao juiz, que o coloque em situação de maior protagonismo em relação à das partes, é estritamente adverso às garantias do devido processo legal, à imparcialidade e ao princípio dispositivo.

Como corolário dessa compreensão liberal do processo como negócio particular que tutela apenas interesses privados, para os seguidores dessa corrente, a outorga de poderes instrutórios ao juiz assim como poderes de direção para conferir efetividade ao processo, tanto quanto a possibilidade de controle da boa-fé, refletem o autoritarismo do Estado.

Segundo seus defensores, quando o juiz se coloca em uma posição ativa, de determinar a produção de provas que entende necessárias e convenientes à

⁷⁴ *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, p. 79. É exatamente a figura do juiz espectador, o juiz Pilatos, na precisa definição de DINAMARCO.

⁷⁵ É o que se extrai do pensamento de MONTELEONE: “*Bajo la premisa de que el derecho de acción corresponde y se garantiza al titular de un interés jurídicamente relevante, para que aquél sea declarado y tutelado frente a quien lo haya violado, y puesto que sin acción y legitimación la jurisdicción civil no puede ejercitarse, ni nacer ningún proceso, ¿como es que este mismo derecho privado y subjetivo por el solo hecho de estar necesitado de tutela y de ser deducido em juicio perde sus características para ser absorbido por un distinto interés público y social? Por lo menos hasta hoy no ha quedado científicamente probada la existencia de este distinto y concreto interés público y social, porque, si aquél existiera realmente, el ejercicio de la jurisdicción civil no debería nunca estar condicionado a la proposición de la demanda judicial em contradictorio, sino que debería siempre procederse de oficio en base a simple denuncia de parte*” (Ob. cit., p. 182).

⁷⁶ Essa posição, como visto na nota n. 40, decorre da aplicação extremada do princípio dispositivo, que corresponde “à longa tradição privatista que por muito tempo imperou, desde as origens romanas, assentada sobre a premissa de que o processo seria mero exercício dos direitos e a ação, o próprio direito subjetivo em atitude de resgate de suas próprias forças – donde a secular tendência a permitir que as partes tudo pudessem ao longo do processo, inclusive negligenciar no exercício das faculdades processuais, porque a consequência de suas condutas e omissões seria apenas o perecimento daquelas, as quais são em si mesmas disponíveis” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 239).

elucidação dos fatos e à formação de sua convicção, ele deixa de ser um terceiro imparcial⁷⁷.

Do mesmo modo, a imposição de um dever de boa-fé processual e de colaboração para os revisionistas afronta as garantias individuais⁷⁸.

É difícil compactuar com tal posição, que decorre de uma perspectiva absolutamente diversa e antagônica à instrumentalista, pois trata o processo como um fim em si mesmo, sendo despreocupada com quaisquer de seus escopos propostos pelo instrumentalismo.

A visão distorcida do fenômeno processual como algo de interesse limitado das partes, sem qualquer reflexo externo (político, social, educacional e jurídico) pode ser observada também no escólio de MONTERO AROCA, para quem o processo deve ser visto como um jogo:

Las “reglas de juego”, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los juzgadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El “juego” se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas y con un árbitro imparcial⁷⁹.

O processo é mais do que isso. O processo é sim um instrumento voltado à realização da justiça. Se ele a alcança, já é outra questão, mas que ele deve sempre persegui-la, isso não deveria jamais ser ponto de discussão. Reduzi-lo a um simples jogo, em que leva vantagem e obtém êxito aquele que melhor joga, podendo para tanto

⁷⁷ Nesse sentido são claras as críticas de MONTELEONE: “No resulta, por lo menos hasta hoy, haberse teórica e empíricamente probado que el grado de justicia de una sentencia sea directamente proporcional a la suma de los poderes procesales del juez, ni que las partes actúen y resistan en juicio movidas solamente por el desco de injusticia (...) No resulta, por lo menos hasta hoy, haberse científicamente demostrado que la introducción de las pruebas en juicio por obra del juez pueda ser conducida com criterios de imparcialidad y objetividad (...)¿ En base a cuál criterio el juez, por definición terceiro e imparcial, escoge realizar la prueba de la existencia o de la inexistencia de um hecho deducido por una parte y no de aquél deducido por la otra? ¿Y no constituye aquello uma evidente injerencia em el ejercicio del derecho de defensa, que corresponde por ley solo a los defensores de las partes y no al juez?” (Ob. cit., p. 181).

⁷⁸ PICÓ I JUNOY questiona o porquê de se negar a aplicação do princípio da boa-fé aos litigantes no âmbito processual se desde o direito romano tal princípio já é reconhecido no âmbito do direito privado como base das relações jurídicas e exercício dos direitos subjetivos: “por qué lo correcto y válido en el ámbito del derecho privado no lo es también en el público, y más concretamente, en la actuación procesal de las partes” (Ob. cit., p. 23).

⁷⁹ El proceso llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria, p. 162-163.

valer-se de estratégias intrínsecas a qualquer jogo para sagrar-se “vitorioso”, não parece ser a melhor perspectiva do processo⁸⁰.

O brocardo latino “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*”, invocado por MONTERO AROCA⁸¹, é o aforismo do princípio dispositivo em sua conotação mais primitiva. O juiz deve julgar segundo os fatos alegados e provados pelas partes; não cabe a ele qualquer tipo de iniciativa, retornando à proposta anacrônica e ultrapassada de dicotomia entre verdade formal e verdade real, já há muito superada no atual estágio da ciência processual⁸².

O jurista espanhol Juan PICÓ I JUNOY, ao discorrer sobre as visões da corrente revisionista, entre elas a oposição aos poderes instrutórios do juiz fundada no argumento falacioso do autoritarismo e da suposta perda de imparcialidade, deixa claro que a iniciativa probatória, se limitada: (I) pelos fatos discutidos no processo, o que protege o princípio dispositivo; (II) pelos meios de prova constantes da causa, o que impede uma atuação inquisidora e suscetível de violar a imparcialidade; e (III) pela possibilidade de manifestação das partes, que devem poder ampliar as provas inicialmente propostas, não implica um juiz autoritário ou fascista, nem a quebra da imparcialidade⁸³.

Na mesma esteira discorre BEDAQUE, um dos maiores nomes que pregam a postura ativa do juiz na formação do conjunto probatório, mas que também por óbvio destaca a necessidade de limites como: (I) os elementos objetivos da demanda em

⁸⁰ Sobre a necessidade de conferir poderes ao juiz justamente para que o processo não seja reduzido a um jogo em que o magistrado é apenas um mero árbitro espectador, passivo e impotente, já alertava Piero CALAMANDREI: “*De la consideración de la jurisdicción, también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en que ‘el juez asiste como espectador impasible, y acaso impotente, como si fuese un árbitro de un campo de deportes que se limita a señalar los puntos y a controlar la observancia de las reglas del juego en una lucha que compromete, por el contrario, directamente la más celosa y la más alta función y responsabilidad del Estado’*” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 393).

⁸¹ *Ibidem*, p. 150.

⁸² Sobre a superação dessa divisão, defende Ada Pellegrini GRINOVER ao tratar de poderes instrutórios que: “(...) não há qualquer razão para continuar sublinhando a distinção entre ‘verdade real’ e ‘verdade formal’, entendendo a primeira própria do processo penal e a segunda típica do processo civil. O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa probatória. Por isso mesmo, o termo ‘verdade real’ no processo penal e no processo civil indica uma verdade subtraída à exclusiva influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela. E isso vale para os dois processos, em matéria probatória” (*A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*, p. 7). Na contramão, AROCA: “*De esta manera en el proceso no se persigue la “verdad verdadera” a toda costa, sino algo más humilde pero más real como es la “verdad legal”, la que es posible obtener en el proceso, y con las garantías propias del mismo*” (*El proceso llamado “social”*..., p. 163).

⁸³ *El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, p. 23-24.

observância ao princípio da correlação ou adstrição; (II) os elementos constantes dos autos; e (III) “a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina, o que afasta eventual risco de autoritarismo e assegura a observância do devido processo legal”⁸⁴.

E conclui o renomado jurista: “Não há, pois, violação ao denominado ‘garantismo processual’. Procura-se simplesmente compatibilizá-lo com a natureza pública do processo e com o escopo social da jurisdição”⁸⁵.

Muito embora a visão publicista do processo seja diametralmente oposta à concepção privatista do processo como negócio particular⁸⁶, e, portanto, a doutrina revisionista não compartilhe dos ideais dos instrumentalistas, causa certo incômodo a utilização do termo garantista para designar os primeiros, como se os últimos defendessem um processo inquisitivo, um autoritarismo e um arbítrio judicial⁸⁷.

A questão é explorada de forma muito apropriada por BEDAQUE⁸⁸.

Nenhum adepto do instrumentalismo considera possível a efetividade em processo não dotado de ampla defesa e contraditório efetivo.

O contraditório é fator vital, pedra de toque do processo e condição de idoneidade e legitimidade da decisão judicial, uma vez que sua observância é que assegura às partes o poder de participar e influir no resultado do processo.

Além disso, a exigência de motivação das decisões e a possibilidade de delas discordar pelos meios de impugnação previstos no sistema processual também são mecanismos de controle dos poderes do juiz e, assim, de garantia dos sujeitos do processo, consubstanciando para os instrumentalistas verdadeiro penhor do devido processo legal.

⁸⁴ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 165.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 165.

⁸⁶ Juan Picó I Junoy, ob. cit., p. 25.

⁸⁷ É o mesmo incômodo gerado pela utilização do termo “juiz garantista” no âmbito penal para indicar magistrados com ideologia mais liberal, criando-se assim um maniqueísmo em que no lado oposto estariam juízes mais rígidos e rigorosos na aplicação da lei penal, como se esses não zelassem pelo cumprimento da Constituição e das garantias por ela asseguradas. Como bem observou o saudoso Teori ZAVASCKI quando sabatinado pelo Senado Federal, ao ser indicado para Ministro do Supremo Tribunal Federal, “ser garantista ou não é tudo uma terminologia”, um rótulo, sendo muito feliz na colocação de que: “Se ser garantista é assegurar aquilo o que está na Constituição, eu sou garantista, eu acho que todos devem ser garantistas” (<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164929,81042-Um+juiz+garantista>).

⁸⁸ *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*

Não é necessário manietar o juiz, tornando-o marionete nas mãos das partes, retirando-lhe os necessários e indispensáveis poderes para conduzir o processo de forma a extrair-lhe seus melhores resultados.

Portanto, instrumentalidade e garantismo não são termos antagônicos, não havendo como dissociar o pensamento instrumentalista de um essencial garantismo processual, embora não com a conotação e o alcance que lhes dão os revisionistas.

1.5. O juiz e sua responsabilidade pela efetividade do processo

Conforme a clássica lição de CHIOVENDA, já citada na introdução do presente trabalho, o processo deve ser apto a proporcionar àquele que tem um direito tudo aquilo que ele tenha direito de conseguir.

É a síntese do pensamento dualista do ordenamento, que como visto concebe que o plano substancial já é suficiente por si para criar o direito. Portanto, apenas quando este não é respeitado é que surge a necessidade do processo, que deve atuar concretamente a vontade da lei da mesma forma que ela deveria ter já atuado no plano substancial, assegurando ao sujeito precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir e também como ele teria direito de conseguir. É aqui, na garantia de entregar ao sujeito o próprio bem da vida e do modo e no tempo tanto quanto possíveis mais aproximados daqueles que o seriam caso a lei houvesse sido observada, que repousa a efetividade.

José Carlos BARBOSA MOREIRA resume com clareza a ideia de efetividade:

Que é que se quer dizer quando se fala num processo efetivo? Efetivo é sinônimo de eficiente. Penso que a efetividade, aqui, consiste na aptidão para desempenhar, do melhor modo possível, a função própria do processo. Ou, noutras palavras, talvez equivalentes, para atingir da maneira mais perfeita o seu fim específico⁸⁹.

Desse modo, é efetivo o processo que atinge suas finalidades, seus escopos, e que proporcione um resultado que coincida “com aquilo que ocorreria no plano do direito material, mediante a atuação espontânea da norma reguladora da situação

⁸⁹ *A efetividade do processo de conhecimento*, p. 128.

controvertida, submetida ao Poder Judiciário tão-somente porque impossível a solução consensual⁹⁰.

A eficiência da justiça civil, valor a ser defendido e preservado, decorre do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, e é elemento essencial do Estado de Direito⁹¹.

A efetividade é garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que constituem os alicerces do sistema processual brasileiro. A garantia de acesso à ordem jurídica justa representa o direito de se obter do Estado um mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, e ao mesmo tempo impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.

Como destaca José Augusto DELGADO:

O Estado impõe que o desenvolvimento do processo se faça de maneira mais correta e rápida, de modo que a atuação da lei contribua para restabelecer a paz social perturbada pela divergência nascida entre os litigantes. Necessário, portanto, que as partes não joguem livremente e que o Juiz, no comando da atividade jurisdicional, não se afaste do objetivo estatal⁹².

Assim, por não se tratar o processo de um jogo, mas sim de um instrumento voltado à consecução de determinados objetivos de interesse público, cumpre ao juiz, representante desse interesse no processo, não ser mero espectador, mas regente desse instrumento, cabendo a ele zelar para que seus resultados sejam alcançados.

⁹⁰ José Roberto dos Santos Bedaque, *Instrumentalismo e garantismo...*, p. 32.

⁹¹ *Idem*, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 75.

⁹² *Poderes, deveres e responsabilidade do juiz*, p. 37.

CAPÍTULO II – A RELAÇÃO PROCESSUAL E OS PODERES DO JUIZ

O processo em sua essência é uma relação jurídica⁹³ tríplice, que envolve a parte autora, que busca a tutela jurisdicional; a parte ré, em face da qual se objetiva a proteção e o comando estatal; e o Estado-juiz, perante o qual se coloca a pretensão e que detém a função jurisdicional.

Por força da relação jurídica processual,

de um lado o juiz assume o concreto dever de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum. Eis por que se trata de uma relação jurídica complexa, evolutiva, de direito público⁹⁴.

Um traço distintivo para o qual chama a atenção VON BÜLOW entre a relação jurídica processual e a relação de direito material é a sua característica evolutiva, de relação jurídica contínua. No escólio do mestre polaco:

La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión⁹⁵.

Diferentemente da relação jurídica de direito material, que se dá entre os sujeitos envolvidos no plano substancial por direitos e obrigações, na relação jurídica processual há um terceiro componente, com o qual esses sujeitos estabelecem

⁹³ Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, embora a ideia de processo como relação jurídica não tenha sido criada por Oskar Von Bülow, foi com base em sua obra que ela se desenvolveu e permitiu uma estruturação científica e o adequado exame sistemático dos temas de direito processual, devendo ser reconhecida como verdadeiro “assento de nascimento” da ciência processual (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 259 e ss.). Contudo, com também destaca o renomado professor do Largo São Francisco, “o processo não é a relação jurídica processual, ou seja, ele não se exaure nessa relação nem com ela se confunde em uma perfeita superposição. A análise *jurídica* do processo mostra ser ele uma entidade complexa, onde comparecem dois componentes: o procedimento e a relação processual” (*Ibidem*, p. 277). A relação jurídica de direito público geradora de direitos e deveres entre as partes e o Estado-juiz é o aspecto substancial do processo. O aspecto formal, isto é, o meio pelo qual o processo se estrutura e se exterioriza é o *procedimento*, que é a série de atos concatenados e interligados por um encadeamento lógico que dão corpo ao processo (v. tb. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 30 e 34).

⁹⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *ibidem*, p. 262. Nas lições de Giuseppe CHIOVENDA a relação processual possui as seguintes características: autônoma, pois tem vida e condições próprias que independem da existência concreta da lei afirmada pelas partes; complexa, por não constituir um só direito ou obrigação, mas sim um conjunto indefinido de direitos coordenados a um objetivo comum, que enfeixa em uma unidade todos os atos processuais; pertencente ao direito público, por derivar de normas reguladoras de uma atividade pública (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 79).

⁹⁵ Ob. cit., p. 2.

direta ligação, e a quem cabe resolver a crise jurídica advinda daquela primeira, o Estado-juiz.

2.1. A posição do juiz na relação jurídica processual

São diversas as teorias acerca das posições dos sujeitos integrantes da relação jurídica processual.

Inicialmente, a relação jurídica processual foi estruturada geometricamente como uma linha reta, que ligava autor e réu.

Ressalvada a fase incipiente do processo que precede a citação, na qual a relação inaugural é apenas entre autor e juiz, essa teoria linear encontra-se sepultada.

As opiniões se dividem entre: a teoria triangular, em que os três polos permanecem interligados e, portanto, se fundamenta na existência de vínculos entre as partes e o juiz e entre elas próprias; e a teoria angular, segundo a qual as partes estariam vinculadas apenas ao juiz, negando a existência de uma ligação direta entre elas⁹⁶.

DINAMARCO entende que a relação processual é angular, pois todo o complexo de situações jurídicas ativas e passivas que as partes ocupam no decorrer do processo e que compõe a relação jurídica processual se desenvolve com o juiz. Todos os poderes, faculdades, deveres e ônus que cada uma das partes tenha, ela as tem perante o juiz⁹⁷.

Embora existam situações cuja ligação aparentemente seja direta entre os litigantes, tal como o dever de boa-fé e veracidade (artigos 5º e 77, I, do CPC/15), a faculdade de acordar a suspensão do processo (artigo 313, II, do CPC/15) e a faculdade de estipular mudanças no procedimento (negócio jurídico processual), inovação trazida pelo artigo 190 do CPC/15, todas essas situações processuais se desenvolvem perante o juiz.

Os deveres (imperativos de conduta no interesse alheio) processuais das partes são reflexos da sujeição ao Estado-juiz e da autoridade exercida por ele no processo⁹⁸. Assim, sendo o juiz o destinatário final da exposição dos fatos, que deve

⁹⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 219-220.

⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 219.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 215.

ser feita conforme a verdade, é perante ele que se desenvolve o dever de veracidade; é ao juiz também que em última análise afeta o dever de lealdade e boa-fé, pois é ele, como representante do Estado, que tem interesse em que o processo tenha tanto quanto possível curso regular e atinja de forma plena seus escopos⁹⁹.

Da mesma forma, as faculdades citadas não constituem um nexo direto entre os litigantes. Tanto a possibilidade de suspensão do processo, exemplo dado por DINAMARCO, como o negócio jurídico processual são faculdades que se desenvolvem perante o juiz, a quem compete sempre examinar se, no caso, a formulação das partes se adequa aos ditames legais, cabendo a ele deferi-la ou não, sendo o consenso do adversário somente uma condição para que haja tal direito¹⁰⁰.

Assim, considerando a angularidade da relação jurídica processual e que todas as situações jurídicas se desenvolvem com o juiz, é certo que este ocupa posição de proeminência na relação, ou, nas palavras de Sidnei AMENDOEIRA JR. “é certamente a figura central do processo civil”¹⁰¹. Reconhecer tal circunstância não significa, como sinaliza o autor, dizer que o magistrado é mais importante que os demais sujeitos processuais, mas sim que “a sua atividade é capaz, mais do que a de qualquer pessoa, de produzir resultados diretos na vida dos jurisdicionados”¹⁰². Ele é o responsável, em uma visão publicista do processo, mediante a utilização plena dos poderes que lhe foram atribuídos pela lei processual, pela entrega de uma tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva¹⁰³.

Essa característica de destaque do juiz no processo está diretamente relacionada ao modelo processual por nós adotado.

Segundo a doutrina, dois grandes modelos processuais se desenvolveram ao longo dos séculos¹⁰⁴: o modelo *adversarial*, em que as partes ficam, sobretudo, uma contra a outra, e o juiz desempenha um papel mais passivo, cabendo quase

⁹⁹ Não à toa que os atos violadores desses deveres são atentatórios à dignidade da Justiça, sendo reprimidos e penalizados, não obstante, por escolha do legislador, determinadas sanções acabem sendo revertidas em benefício da parte *ex adversa*, como no caso da multa pela litigância de má-fé.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰¹ *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, p. 1.

¹⁰² *Ibidem*, p. 1.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1.

¹⁰⁴ Sobre a origem histórica dos dois grandes modelos, ver Guilherme Botelho, *Os poderes processuais do juiz em perspectiva comparada*, p. 491-496.

que exclusivamente às partes o controle do processo¹⁰⁵; e o modelo *inquisitorial*¹⁰⁶, ligado à visão publicista, no qual se acentua o papel do juiz, atribuindo-se a ele maiores poderes para o controle do processo¹⁰⁷.

Como ressalta Guilherme BOTELHO, a escolha entre técnicas mais aderentes a um ou outro modelo varia conforme a cultura, sendo natural que em uma sociedade liberal, que prega um Estado mínimo e valoriza com veemência o livre-arbítrio e a baixa intervenção estatal nas relações privadas, escolha-se um modelo menos preocupado com a justiça material da decisão, confiando às partes maiores poderes na relação processual com o conseqüente menor protagonismo do juiz¹⁰⁸.

E, para exemplificar, o autor cita a forma pela qual se construiu em cada uma das culturas (romano-germânica ou *civil law*, em que se adota com primazia o modelo inquisitorial; e anglo-saxã ou *common law*, na qual o modelo adversarial é mais aplicado¹⁰⁹), considerando a prevalência da intervenção estatal ou da liberdade individual nos respectivos modelos, o controle de razoabilidade das leis:

Enquanto o princípio da proporcionalidade forma-se na cultura romano-canônica, mais precisamente no direito alemão, como forma de combate aos abusos da intervenção estatal, o princípio do balanceamento (seu coirmão), no direito estadunidense, nasce jurisprudencialmente como meio de coibição ao excesso de zelo na proteção dos direitos dos particulares. É que na cultura estadunidense, é a sociedade, por conta de seu alto poder de autodeterminação, que, por vezes, merece freio¹¹⁰.

¹⁰⁵ “*La struttura del processo adversary si fonda, oltre che sulla parità formale delle parti, sul principio che il giudice non può essere altro che un arbitro neutrale e passivo dello scontro giudiziario*” (Michele Taruffo, *Il processo civile adversary nelle esperienze americana*, p. 123).

¹⁰⁶ Como adverte Michele TARUFFO, a designação “inquisitivo” não é a mais precisa, pois tal modelo só teria existido de forma plena, o que compreende a iniciativa oficial e o desenrolar em segredo com a obtenção de provas pelo juiz sem respeito a garantias processuais, na Prússia, na segunda metade do século 18 (*Cultura y processo*, p. 199).

¹⁰⁷ De acordo com Guilherme BOTELHO: “O sistema adversarial tem sua marca na predominância das partes na determinação da condução do processo e na iniciativa probatória. O juiz torna-se agente passivo da relação processual, sendo incumbência do autor não apenas a propositura da demanda, mas a tarefa de conduzir o processo a suas fases sequenciais. (...) o modelo inquisitório tem sua marca no impulso processual a cargo do julgador. A busca pela solução “justa” é um fim a ser alcançado, o que justifica um poder de investigação, mediante determinação de produção de provas ou oitivas de pessoas ainda que não requeridas pelas partes (...)” (*op. cit.*, p. 486 e 488).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 499. No mesmo sentido, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA destaca que a estrutura do processo civil é moldada “por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional” (*Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 57).

¹⁰⁹ V. mais sobre o modelo adversarial no *common law* em Michele Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*.

¹¹⁰ *Ob. cit.*, p. 499.

Nesse cenário, sendo o sistema jurídico brasileiro da família romano-germânica, e o Brasil um Estado de bem-estar social¹¹¹, prepondera em nosso sistema processual o modelo inquisitorial, corolário da já mencionada visão publicista do processo, o que acaba por influenciar diretamente a gama de poderes processuais que o magistrado possui.

2.2. Poderes processuais

Por ser o processo uma relação jurídica complexa e evolutiva, os sujeitos processuais no decorrer dessa relação sucessivamente se encontram em situações jurídicas que podem ser ativas ou passivas. São ativas as situações que permitem a um dos sujeitos processuais realizar atos processuais conforme seu próprio interesse (faculdades) ou então lhe conferem a possibilidade de exigir de outro sujeito a prática de algum ato (poderes); e são passivas as situações jurídicas que impõem ao sujeito determinada conduta (deveres e ônus) ou a aceitação de um ato de outro sujeito (sujeição)¹¹².

Os poderes processuais, assim como qualquer poder, se caracterizam pela “capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia”¹¹³.

As partes possuem poderes inerentes a sua participação no processo, os quais estão sempre relacionados a alguma faculdade. Assim, por exemplo, o poder de recorrer, que se exprime quando a parte, valendo-se igualmente da faculdade de recorrer, interpõe o recurso criando conseqüentemente para o órgão jurisdicional o dever de proferir uma nova decisão¹¹⁴.

¹¹¹ A exigência de atribuir maiores poderes ao juiz e de uma postura ativa do magistrado em razão de tal característica fica bem clara nas palavras de Gilberto FERREIRA e Sandra Mara Flügel ASSAD: “(...) é preciso que, nos dias atuais, principalmente o magistrado brasileiro, de um país tão sofrido e com tantas desigualdades e injustiças sociais, não se esqueça de que somente um processo voltado aos interesses públicos pode melhor atingir os fins de entrega de uma prestação jurisdicional justa e realmente pacificadora” (*Os poderes do juiz no processo civil moderno*, p. 286).

¹¹² Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. II, p. 206.

¹¹³ *Idem, ibidem*, p. 211.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 211. Daí porque dizer que as faculdades em sua imensa maioria não são puras, uma vez que a elas geralmente estão ligados ônus ou poderes.

Os poderes do juiz, por seu turno, decorrem da autoridade do Estado, e são manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo¹¹⁵.

Como sublinha Álvaro LAZZARINI, o magistrado conta com poderes processuais que não significam privilégios ou vantagens outorgados a sua pessoa, “mas que se destinam à atuação da lei e à realização da Justiça, constituindo, isto sim, verdadeiras garantias dos jurisdicionados e dos advogados, porque a prestação jurisdicional qualificada só é possível quando o Judiciário e a Magistratura são fortes”¹¹⁶.

Portanto, ao passo que os poderes das partes existem e são exercidos em benefício e função delas mesmas, os poderes do juiz existem e são exercidos em prol do próprio jurisdicionado¹¹⁷.

Por isso, mesmo que diferentemente dos poderes das partes, cuja outorga reflexamente impõe um dever a outro sujeito (quer seja a parte contrária, quer seja o órgão jurisdicional, como no caso do exemplo citado do poder da parte de recorrer), quando se fala dos poderes conferidos ao magistrado, os deveres àqueles correlatos recaem também sobre o juiz.

Daí porque muitos se referem aos poderes do juiz como verdadeiros poderes-deveres¹¹⁸, pois a outorga de poderes é ao mesmo tempo a imposição de deveres ao magistrado, na medida em que este tem o dever de exercitar os poderes a ele conferidos, porque foi deles investido para a finalidade específica de, exercendo a autoridade do Estado, fazer com que o processo como instrumento de jurisdição desempenhe corretamente suas funções e alcance seus escopos. Poderes e deveres, nesse caso, são como duas faces de uma única moeda¹¹⁹.

¹¹⁵ Sérgio Alves Gomes, *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo*, p. 42.

¹¹⁶ *Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz*, p. 109.

¹¹⁷ O juiz, portanto, embora como representante do Estado possua um interesse público em que o processo atinja seus escopos e assim os resultados dele esperados, não possui um interesse próprio no resultado específico da demanda, isto é, em que venha a ser dada a tutela a um ou outro sujeito parcial.

¹¹⁸ Conforme Gilberto FERREIRA e Sandra Mara FLÜGEL ASSAD: “(...) os poderes colocados à disposição do juiz não passam de deveres, porquanto os exerce não para satisfazer o ego pessoal mas sim em razão da obrigação decorrente da função de dar o direito a quem realmente o tem. Por isto, é mais adequado chamá-lo de poderes-deveres” (Ob. cit., p. 285). O mais correto, a nosso ver, seria tratarmos como deveres-poderes, na medida em que aqueles são os pressupostos, sendo a existência dos poderes decorrente da dos deveres que lhe justificam, e não o contrário.

¹¹⁹ Nesse sentido assinala DINAMARCO que as situações jurídicas ocupadas pelo juiz são ao mesmo tempo ativas e passivas, sendo tal característica “uma perceptível manifestação do *due process of law*, garantido constitucionalmente como o objetivo de pôr limites ao exercício do poder e exigir que ele seja exercido com vista ao bem-comum e à justiça social” (*Instituições...*, vol. II, p. 212).

2.3. Os poderes do juiz na condução do processo a uma tutela tempestiva, justa e efetiva

Considerando que o processo visa à atuação da vontade concreta do direito, se houve a necessidade deste é porque não houve tal atuação de forma espontânea pelo cumprimento voluntário do direito no plano material por um dos sujeitos envolvidos na relação. Assim, se o Estado-juiz não for munido de poderes que lhe garantam força impositiva, o processo, por seu turno, não será um instrumento efetivo, na medida em que é “impossível conseguir concretizar a finalidade da jurisdição consistente na prerrogativa de decidir e impor suas decisões sem um aparato eficiente capaz de permitir que a autoridade efetivamente se mostre presente”¹²⁰.

Há diversas classificações acerca dos poderes processuais do juiz. De acordo com Vicente MIRANDA, que analisa diversas delas, a classificação deve levar em conta a finalidade do ato judicial, uma vez que o que qualifica o poder é “a finalidade processual visada pelo exercício desse mesmo poder”¹²¹.

Segundo esse critério, os poderes seriam ordinatórios, de direção, de decisão e executórios. Quando a finalidade for um despacho ou a mera movimentação do processo, o juiz exerceria poderes ordinatórios; se o fim último do ato for a direção da marcha processual, os poderes seriam de direção; se o escopo for a instrução do processo, o poder é instrutório; no caso de se objetivar uma decisão, o exercício seria de poder decisório; e se o que se busca é o cumprimento forçado de qualquer decisão, o poder é executório¹²².

Como já mencionado, os poderes processuais outorgados ao juiz existem em função de deveres impostos pelo sistema processual. Se são direitos dos indivíduos a inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça, a observância de um devido processo legal com as garantias do contraditório e da ampla defesa e a razoável duração do processo, é para assegurar o cumprimento de tais diretrizes que o juiz é dotado de todo esse

¹²⁰ Sérgio Cruz Arenhart, *A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas*, p. 537.

¹²¹ *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p. 119.

¹²² *Ibidem*, p. 119.

arcabouço de poderes (ordinatórios, de direção, instrutórios, decisórios e executórios), indispensáveis para administrar a justiça de um modo ativo, rápido e seguro¹²³.

É por meio dos poderes de direção (nos quais poderíamos incluir os poderes ordinatórios¹²⁴) que o juiz vela pela rápida solução do litígio ou razoável duração do processo; é pelos poderes instrutórios e decisórios que o juiz assegura uma tutela justa e qualitativa; e é pelos poderes executórios (de forma mais ampla pelos poderes de efetivação), que o juiz garante efetividade à tutela jurisdicional ao impor o cumprimento de seus comandos.

2.3.1. Poderes de direção

Sendo o processo um instrumento público com finalidades próprias, cabendo ao juiz zelar para que estas sejam atingidas, deve o magistrado ser munido de poderes para o manejo e condução desse método de resolução de conflitos.

Se o processo obedecesse ou se curvasse ao livre jogo de interesses das partes, deixaria de ser instrumento de poder estatal e perderia sua essência publicística para retroceder à fase primitiva em que era encarado como instrumento das partes, de cunho eminentemente privado¹²⁵.

Como defendia Piero Calamandrei:

*aun cuando las partes conservan el poder de disponer de la causa, la 'dirección del proceso' debe ser concentrada en las manos del juez: nadie obliga al particular, como se há dicho, en lenguaje figurado, a subir sobre la nave de la justicia, y si el mismo decide embarcarse en ella, a él solo le corresponde fijar el inicio y la meta del viaje; pero, una vez emprendida la navegación, el timon debe confiarse exclusivamente al juez, que tiene durante el viaje la responsabilidad de la derrota*¹²⁶.

Nesse sentido que se diz que o processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, conforme disposto no artigo 2º do Código de Processo Civil.

O impulso oficial é o reconhecimento dos poderes de direção do magistrado, pelos quais ele – por meio de despachos e decisões – encaminha a atividade

¹²³ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 395.

¹²⁴ V. item 2.3.1.

¹²⁵ Vicente Miranda, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p. 121.

¹²⁶ Ob. cit., p. 402-403.

processual, conduzindo-a e dando-lhe sentido, guiando os demais sujeitos da relação nesse caminho¹²⁷, conforme expressa previsão legal segundo a qual “o juiz dirigirá o processo” (artigo 139, *caput*, do Código de Processo Civil).

Ao exercer a direção do processo, o juiz diz quais pessoas podem ou devem integrar a relação processual, determina quais atos podem ou devem ser praticados, velando para que o sejam na forma, tempo e lugar prescritos em lei, bem como para que obedeçam à ordem lógica e cronológica prevista¹²⁸.

A ampliação dos poderes do juiz na direção do processo ganhou especial relevo após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que consagrou como direito fundamental a razoável duração do processo. Segundo José Augusto DELGADO, é tendência cada vez maior do sistema jurídico:

entregar ao juiz a direção do processo, com o máximo de atribuições, ampliando o círculo dos seus poderes e deveres, tornando-o, conseqüentemente, responsável direto pela consecução do restabelecimento da ordem jurídica violada ou ameaçada e da paz social dentro de um prazo razoável¹²⁹.

É a partir dos poderes de direção que o juiz garante a celeridade do processo e assegura a regularidade dos atos processuais e da marcha processual. Cabe a ele indeferir diligências inúteis, controlar e obstar a má-fé processual¹³⁰, fazendo com que o processo seja um instrumento eficiente para evitar dispêndios de tempo e também de recursos desnecessários¹³¹. Como bem assinala Paulo Issamu NAGAO, a atuação do juiz no processo “é essencial para a consecução da efetividade do direito material através do manejo adequado das normas instrumentais, sendo pertinente afirmar que o direito fundamental à tutela jurisdicional reflete-se no desempenho do juiz como ‘diretor do processo’”¹³².

2.3.2. Poderes instrutórios

¹²⁷ Vicente Miranda, ob. cit., p. 121 e 149.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 121.

¹²⁹ José Augusto Delgado, *Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal*, p. 273-274.

¹³⁰ Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, p. 154.

¹³¹ José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre o problema da “efetividade do processo”*, p. 28.

¹³² *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*, p. 96.

Os poderes instrutórios são aqueles exercidos pelo magistrado, voltados à instrução da causa sob julgamento.

O juiz exerce poderes instrutórios ao admitir as provas indicadas ou oferecidas, ao deferir a produção de provas requeridas ou indeferir aquelas consideradas inúteis ou meramente protelatórias, ao apreciar e valorar as provas produzidas e ao determinar sua produção de ofício.

A iniciativa da prova compete preliminarmente às partes, que devem indicar ou oferecer as provas que pretendem produzir para demonstrar suas alegações. Nesse primeiro momento, o juiz exerce seus poderes instrutórios para admitir ou negar a prova proposta, bem como deferir ou indeferir a produção de provas requeridas, decidindo sobre legalidade, tempestividade, conveniência e necessidade. Cabe ao magistrado, ainda, determinar os atos necessários para produzir a prova deferida, dirigindo sua realização e fiscalizando essa produção¹³³.

Produzida a prova, compete ao juiz valorá-la e, se entender necessário, determinar a realização de outras convenientes à instrução da causa¹³⁴.

Nesta última prerrogativa repousa a grande problemática que envolve os poderes instrutórios do juiz, pois colide diretamente com a visão clássica privatista do processo, em que o juiz era concebido como um espectador impassível e impotente, um árbitro cuja função se limitava tão somente a assinalar pontos e controlar a observância das regras do jogo¹³⁵.

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz, mais especificamente no que toca à própria iniciativa probatória, é corolário da visão publicista do processo.

Michele TARUFFO, ao analisar os principais ordenamentos europeus, ressalta “*una clara tendencia al incremento de los poderes de instrucción del juez*” nos países daquele continente e destaca três tipos de enfoques: ordenamentos em que o juiz conta com um poder geral de iniciativas probatórias, podendo determinar a realização de qualquer prova que considere útil, se em determinados países um verdadeiro dever (ordenamentos soviéticos), e em outros um poder discricionário (como exemplo, a França); ordenamentos em que o juiz dispõe de alguns poderes instrutórios (Itália e Alemanha, por exemplo, sendo que neste último não cabe ao juiz determinar a produção de

¹³³ Vicente Miranda, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p. 123.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 123.

¹³⁵ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 393.

prova testemunhal); e ordenamentos em que os poderes instrutórios do juiz não são previstos de maneira expressa, mas que mesmo assim o magistrado desempenha papel ativo na aquisição da prova (como nos ordenamentos inglês e espanhol)¹³⁶.

Os poderes instrutórios do juiz no Brasil poderiam compor o primeiro grupo, uma vez que nossa legislação processual em vigor, tal como a anterior, confere ao magistrado amplos poderes para a produção de provas, ao estabelecer que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo” (artigo 130 do Código de Processo Civil).

E tratando-se o Brasil de um Estado Democrático, conclui-se, assim como TARUFFO ao analisar os poderes probatórios do juiz nos principais países europeus, de cujo caráter democrático não se pode duvidar, que não existe nenhuma conexão entre a atribuição ao juiz de poderes instrutórios mais ou menos amplos e os regimes políticos autoritários e antidemocráticos¹³⁷.

Na realidade, como explica o jurista italiano:

La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta – como se ha visto – en numerosos ordenamientos, se apoya evidentemente en opciones ideológicas para las cuales la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa.

(...) ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo¹³⁸.

É o que também prega BEDAQUE¹³⁹ quando, ao fazer referência aos escopos social e jurídico do processo, que deve servir de meio para solucionar controvérsias em conformidade com as regras de direito material, vale-se da recomendação de BARBOSA MOREIRA, no sentido de que embora a atuação ativa do juiz não implique necessariamente o alcance da verdade, certamente facilitará o encontro de uma parcela desta, sendo melhor buscar essa, do que não buscar nenhuma.

¹³⁶ *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, p. 254-261

¹³⁷ *Ibidem*, p. 261.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 267.

¹³⁹ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 121. Em sentido absolutamente antagônico é a posição de Juan Montero AROCA, que adepto do garantismo, como visto no capítulo anterior, item 1.4., defende que “*la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil*” (*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad*, p. 616).

Nessa trilha de pensamento, e considerando a influência dos poderes instrutórios do juiz na eficácia qualitativa da tutela¹⁴⁰, o atual Código de Processo Civil acolheu a inteligência que já vinha sendo proposta pela doutrina e pela jurisprudência, na vigência do código anterior, quanto ao abrandamento da presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial no caso de revelia. Encontra-se expresso agora que a falta de contestação não produz tal efeito quando as alegações de fato formuladas pelo autor não forem verossímeis (artigo 345, IV).

2.3.3. Poderes de efetivação

Além dos poderes de direção, cuja função precípua é assegurar o aspecto de tempestividade ao processo, e dos poderes instrutórios, que por sua vez realçam a preocupação com o prisma qualitativo da tutela, para garantir que o acesso à justiça não se transforme em algo retórico, uma promessa vazia¹⁴¹, mas configure realmente o acesso a uma ordem jurídica justa¹⁴², haja vista que nem sempre a decisão judicial, por si só, gera solução suficiente para o conflito submetido ao exame do Poder Judiciário, é imprescindível que este tenha condições de forçar e impor a observação do direito¹⁴³. E é nesse ponto que entram em cena os poderes executórios ou, de forma mais genérica, de efetivação¹⁴⁴.

De nada adiantaria o juiz deter o poder de decidir, sem que esse poder fosse completo, no sentido de tornar efetivo o decidido. Dessa forma, complementam-se os poderes do juiz com o de realizar o direito definido na decisão judicial, o que constitui o momento mais importante do direito correspondente à efetiva

¹⁴⁰ Eduardo de Albuquerque Parente, ob. cit., p. 189.

¹⁴¹ Sobre a falta de concretização de normas constitucionais desprovidas de eficácia, ver: Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*.

¹⁴² Kazuo Watanabe, *Acesso à justiça e sociedade moderna*.

¹⁴³ José Miguel Garcia Medina, *Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória*, p. 334.

¹⁴⁴ Tanto poderes executórios como poderes de efetivação são denominações que designam o mesmo plexo de poderes do magistrado. A diferença que nos parece existir é que a expressão *executórios* reflete uma nomenclatura que considera mais o ato em si emanado em decorrência do exercício desses poderes, ao passo que a terminologia *de efetivação* é mais voltada à finalidade daquele ato e, conseqüentemente, do poder que lhe dá azo. A expressão *poder de efetivação* é tanto quanto mais moderna e acaba ganhando coro com a nova previsão do artigo 139 do Código de Processo Civil, que conferiu ao juiz poderes gerais para assegurar o cumprimento de suas determinações, ou seja, dar-lhes efetividade.

prestação jurisdicional, que ocorre quando, finalmente, o direito se realiza na experiência¹⁴⁵.

Como esclarece Vicente MIRANDA, toda decisão judicial é composta de dois elementos: a deliberação, que é o juízo emitido pelo julgador, e a ordem, que é a determinação de que aquele juízo deve ser cumprido e de que tal cumprimento pode vir a ocorrer pela concretização de uma coação. O juiz exerce poderes executórios quando se utiliza de fato dessa coação, sendo esse o elemento essencial dessa espécie de poder. Assim, os poderes executórios consistem na possibilidade de o juiz fazer cumprir coercitivamente suas decisões, qualquer que seja ela, ainda que no âmbito de processos outros que não executivos¹⁴⁶.

No decorrer das últimas décadas, a preocupação com a efetividade fez com que fossem introduzidas no sistema diversas inovações com o intuito de aperfeiçoar o processo nesse aspecto por meio do incremento dos poderes do juiz.

Um marco se deu na reforma de 1994, com a previsão da possibilidade de conceder a tutela específica ou determinar providências para assegurar resultado prático equivalente em obrigações de fazer ou não fazer, permitindo ao juiz impor medidas como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva para sua efetivação, que passou a ser previsto no artigo 461 do Código revogado.

Com isso, os poderes executórios experimentaram grande reforço, ainda mais intensificado na reforma de 2002, com a previsão da multa por tempo de atraso (*astreintes*) e sua extensão também para as ações para entrega de coisa (§5º do artigo 461 e artigo 461-A do referido código), abrindo a porta em definitivo no ordenamento jurídico brasileiro para a coercibilidade das obrigações¹⁴⁷, que deixou de

¹⁴⁵ Francisco Wildo Lacerda Dantas, *Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário*, p. 39.

¹⁴⁶ *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p. 124-125.

¹⁴⁷ As medidas de pressão psicológica para o cumprimento de obrigações sempre foram excepcionais. As medidas coercitivas previstas no ordenamento eram a prisão civil, para os casos de devedor de alimentos e depositário infiel (este último caso posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – Súmula Vinculante n. 25 – com base no entendimento do caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário, que proibem a prisão por dívidas), e as *astreintes*, já previstas desde 1990 pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor para ações de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer envolvendo relação de consumo.

figurar como algo excepcional e passou a representar papel muito importante entre as atividades destinadas à satisfação dos direitos e efetividade da tutela jurisdicional¹⁴⁸.

Conforme elucida DINAMARCO:

O poder-dever de dar *efetividade aos direitos* tem a dimensão que resulta dos recentes progressos científicos do direito processual civil, indicadores de que uma tutela jurisdicional sem efetividade não é, na realidade, tutela alguma. Decidir e não impor a decisão é exercer só em parte o poder estatal e, na prática, significa deixar as coisas como estão e oferecer ao titular do direito somente uma inócua afirmação de que tem razão. (...) não só no processo ou *fase executiva* o juiz tem poderes-deveres destinados a efetivar a tutela. O moderno processo civil brasileiro investe-o de extraordinários *poderes de coerção*, a serem exercidos com o objetivo de pressionar o obrigado para que cumpra.(...) O juiz é conclamado a sair do plano dos enunciados e da impassível contemplação da realidade, passando a ser participativo e cômico da responsabilidade de produzir resultados práticos na vida das pessoas e dos seus direitos. Reside aí um riquíssimo feixe de poderes-deveres que ainda não penetraram suficientemente no espírito dos juizes, sendo urgente que estes venham a tomar plena consciência da necessidade de transmigrar para a cultura do *processo civil de resultados* e exerçam rigorosamente os poderes-deveres de que os investe a lei processual moderna¹⁴⁹.

E essa tendência de dilatar os poderes do juiz como forma de lhe conferir maior musculatura para tornar mais concreta a promessa abstrata de tutela efetiva¹⁵⁰ culminou na previsão contida no artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015, que conferiu ao juiz poder geral para impor medidas voltadas a garantir a efetividade de suas decisões, tema que será mais aprofundado no próximo capítulo.

2.4. Críticas e oposições aos poderes do juiz

À ampliação dos poderes do juiz na instrução e condução do processo comumente são colocadas críticas e oposições, cuja essência é principalmente resquício do antigo ideal privatista do processo, por vezes já elucidado.

Não se está aqui a rejeitar por completo o risco de que eventualmente, no exercício de seus poderes, o juiz possa descambar para o excesso e assim incidir em arbítrio ou autoritarismo, comprometendo o devido processo legal.

¹⁴⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 223-224.

¹⁴⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. II., p. 238-239.

¹⁵⁰ Eduardo Albuquerque Parente, *Jurisdição e poder*, p. 190.

Contudo, a outorga de poderes ao juiz não deve ser analisada apenas do possível lado patológico¹⁵¹, pois como bem ressalta Dinamarco: “os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio ativismo”¹⁵².

Vamos nos ater a tratar das principais objeções frequentemente lançadas contra os poderes do juiz na condução do processo.

2.4.1. O princípio dispositivo

A expressão princípio dispositivo não é utilizada de forma unívoca. Como alerta BEDAQUE, alguns autores recorrem ao termo para se referir, genericamente, à ausência de poderes processuais. Outros dele se valem para aludir ao confinamento às partes da iniciativa da ação, da determinação de seu objeto, do impulso do processo e da produção de provas, ao passo que outra parcela reserva o que denomina de princípio da demanda à iniciativa do processo, enquanto utiliza o princípio dispositivo para destacar as demais limitações, impostas ao juiz no que diz respeito à estrutura interna do processo¹⁵³.

Utilizando o termo nessa conotação mais ampla, por exemplo, Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato CORREIA DE ALMEIDA e Eduardo TALAMINI definem o princípio dispositivo como:

aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante solicitação (= provocação) do interessado¹⁵⁴.

¹⁵¹ Robson Renault Godinho, *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”*, p. 113.

¹⁵² *Instituições...*, vol. III, p. 53

¹⁵³ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 95 e ss. Para Bedaque, a denominação princípio dispositivo “deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes relacionados diretamente com o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado “princípio dispositivo”” (*Ibidem*, p. 102).

¹⁵⁴ *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. I, p. 71

No sentido mais limitado, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO utilizam a locução como expressão da dependência da iniciativa das partes na instrução da causa quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão, manifestação do aforismo romano segundo o qual “*judex secundum allegata et probatum partium iudicare debet*”. Esses autores distinguem princípio dispositivo da *disponibilidade processual* ou *disponibilidade da tutela jurisdicional*, que caracterizam o princípio da demanda¹⁵⁵.

Rui PORTANOVA ora utiliza o termo de forma mais restrita, como a “liberdade de alegar fatos e apresentar pedidos”¹⁵⁶, ora de maneira mais abrangente, quando obtempera que, “tendo o cidadão amplo acesso ao Judiciário, está consagrado o princípio dispositivo quanto à iniciativa e à desistência da ação”, ao passo que “consagrado o princípio da inquisitorialidade quanto ao desenvolvimento do processo e produção da prova”¹⁵⁷.

Na mesma linha, Guilherme BOTELHO, ao tratar da difusão do modelo inquisitivo, argumenta que: “Justifica-se uma mitigação do princípio dispositivo em seu sentido processual, mantendo-se, no entanto, intacto, em seu sentido material e, com isso, mantendo a carga da parte a iniciativa de proposição da demanda e o objeto litigioso a ser solvido”¹⁵⁸.

De uma forma ou de outra, independentemente do alcance que se dê à expressão, todos concordam que o processo civil moderno exige uma mitigação do princípio dispositivo no que tange à estrutura interna do processo (condução, instrução e direção do processo), pois sua aplicação de maneira absoluta, que “conduziria à integral liberdade concedida aos litigantes para determinar o ritmo do procedimento, os rumos da instrução processual, a maior ou menor efetividade da execução forçada *etc.*”¹⁵⁹, ranço da concepção privatista do processo, não coaduna com a contemporânea visão publicista propagada pela melhor doutrina processual.

¹⁵⁵ *Teoria geral do processo*, p. 66-72.

¹⁵⁶ *Princípios do processo civil*, p. 121.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 205. Daí dizer-se, como já referido, que o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial (artigo 2º do Código de Processo Civil).

¹⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 488.

¹⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 239-240

Dessa forma, é absolutamente necessária a convivência do princípio dispositivo com o princípio inquisitivo¹⁶⁰, o que justifica o incremento dos poderes do juiz, pois, como bem já advertiu DINAMARCO, “inexiste razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”¹⁶¹.

2.4.2. A imparcialidade

O princípio dispositivo, pela visão clássica e tradicionalista do processo, tinha como fundamento a imparcialidade do juiz, pois sua postura ativa, como no caso da iniciativa probatória, poderia favorecer o excessivo envolvimento psicológico do magistrado no conflito¹⁶².

Era a compreensão de Enrico Tulio LIEBMAN, para quem:

*quando si controverte intorno a rapporti giuridici che rientrano nella piena disponibilità dell'autonomia privata, diventa naturale, per non dire inevitabile, che — per lasciare il giudice nella sua posizione di rigorosa imparzialità — sia conferito alle parti l'onere e l'intera responsabilità di fornire nel processo gli elementi di giudizio. Il principio dispositivo trova nelle ragioni ora esposte il suo vero e più solido fondamento*¹⁶³.

Tal visão já se encontra superada. A concepção publicista exige que o juiz tenha uma atuação voltada à concretização dos escopos do processo, o que não significa, necessariamente, quebra de sua imparcialidade.

Deve-se ter por imparcialidade a necessária equidistância do juiz em relação às partes, exigindo-se do magistrado superioridade em relação a sentimentos pessoais, mas não comportamento desinteressado¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Como bem destaca José Carlos BARBOSA MOREIRA, na realidade não existe processo “puramente” inquisitivo”, nem processo “puramente” dispositivo” (*Reformas processuais e poderes do juiz*, p. 58). Para um estudo completo sobre o tema, v. Maria Elizabeth de Castro Lopes, *O juiz e o princípio dispositivo*.

¹⁶¹ *A instrumentalidade do processo*, p. 154.

¹⁶² Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. III, p. 51.

¹⁶³ *Fundamento del principio dispositivo*, p. 15.

¹⁶⁴ Roberto Sampaio Contreras de Almeida, *Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo*, p. 95.

A imparcialidade é respeitada quando o juiz não julga causas de seu próprio interesse, nem favorece uma das partes ou fere de outra forma o contraditório e a igualdade entre elas¹⁶⁵.

Nas sempre precisas lições de DINAMARCO, o juiz moderno deve compreender que “só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou relevadoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença”¹⁶⁶.

Nessas premissas se funda, por exemplo, a defesa da iniciativa probatória oficial, tão bem difundida entre nós pela célebre obra de José Roberto dos Santos BEDAQUE. Ao rechaçar a suposta quebra da imparcialidade ventilada pela doutrina tradicional no tocante à iniciativa probatória, o ilustre processualista sentencia que o aumento do poder instrutório do julgador não favorece qualquer das partes, por uma razão quase que óbvia: quando o juiz determina a realização de alguma prova, não sabe de antemão o seu resultado¹⁶⁷.

Deveras, assim como os poderes instrutórios do juiz, que segundo BEDAQUE na realidade apenas proporcionam que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente, pois não é outra “a função do processo, senão servir de meio para a solução de controvérsias em conformidade com as regras de direito substancial”¹⁶⁸, do mesmo modo atuam os poderes de direção e de efetivação, que possibilitam ao juiz conduzir o instrumento de forma tanto dirigente como diligente, a fim de garantir que atinja os resultados dele esperados.

Não é com uma postura omissa, indiferente, desinteressada ou leniente com a conduta das partes que o juiz preserva sua imparcialidade, mas sim garantindo a observância ao ditame constitucional do devido processo legal, submetendo sua atividade ao contraditório e motivando suas decisões¹⁶⁹.

¹⁶⁵ José Carlos Baptista Puoli, *Poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 43.

¹⁶⁶ *A instrumentalidade do processo*, p. 231.

¹⁶⁷ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 119. No mesmo sentido, Robson Renault GODINHO bem simplifica que a polêmica envolvendo a imparcialidade do juiz e sua iniciativa probatória “pode ser considerada bem equacionada, em princípio, pela constatação de que tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer alguma das partes” (Ob. cit., p. 105).

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 121.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 121-122.

2.4.3. O ativismo

O termo ativismo judicial possui diferentes conotações.

Geralmente, é utilizado para se referir a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”¹⁷⁰, isto é, “a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”¹⁷¹.

Sobre tal acepção, ensina LUÍS ROBERTO BARROSO que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes¹⁷².

Ao se falar em ativismo judicial no âmbito da ciência processual, contudo, pretende-se passar a ideia do comportamento dinâmico do juiz no processo, quer com relação à sua condução e direção, quer no que tange à instrução e colheita de provas¹⁷³.

¹⁷⁰ Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 116.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 117.

¹⁷² *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, p. 9-10. Mais sobre a origem da expressão, v. Keenan D. Kmiec, *The origins and the current meanings of judicial activism*. Utilizando-se da terminologia nessa significação, Lenio Luiz STRECK sintetiza: “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)” (*Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, p. 586).

¹⁷³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 226 e ss. e vol. III, p. 51 e ss. Guilherme Guimarães FELICIANO menciona como ponto inicial desse ativismo judicial na vertente processual, que seria a antípoda do modelo liberal do juiz inerte, o denominado modelo de Stuttgart, construído pela jurisprudência alemã, citando como suas origens os pensamentos de Franz KLEIN e Fritz BAUR (*O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho*). Mais sobre o modelo de Stuttgart em Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, p. 48 e ss. Ainda sobre o modelo de Stuttgart e o ativismo judicial como forma de garantia do efetivo acesso à justiça, ver Mauro Cappelletti e Bryan Garth, *Acesso à justiça*, p. 76 e ss. e 103.

Diversos fatores já enunciados e elucidados anteriormente, como a evolução da ciência processual, o instrumentalismo e a superação da formulação privatista do processo como “coisa das partes” (*sachen des partes*)¹⁷⁴, a visão publicista do processo, a mitigação do princípio dispositivo para uma necessária convivência com o modelo inquisitivo, são circunstâncias que incitam uma postura mais interessada e dinâmica do juiz no processo, conjuntura na qual surge o ativismo judicial na acepção aqui utilizada.

Francisco Wildo LACERDA DANTAS resume três concepções fundamentais sobre a figura do juiz no processo: o juiz-espectador, o juiz-ditador e o juiz-diretor:

Pela primeira, vigorava o princípio liberal de acendrado individualismo, em que o magistrado era comparado a um relógio a que as partes deveriam dar corda, quando o quisessem ver atuando no processo, sob pena de perder a imparcialidade.

Em oposição a essa concepção, passou-se ao extremo de admitir que o juiz atuasse no processo como um ditador, como dono absoluto da relação processual, porque investido de poderes autoritários, atuando de forma inquisitorial, de modo a dispensar-se a iniciativa das partes.

E, finalmente, chegou-se a um meio termo, espécie de síntese entre os dois momentos anteriores, em que o juiz passou a ser investido do poder de dirigir o processo, com a colaboração das partes.

Reconhece-se, então, que o juiz atue no processo com autoridade, daí que é identificado como o Estado-Juiz, de modo que as partes a ele estão sujeitas, concepção que, como visto, foi adotada entre nós¹⁷⁵.

No atual estágio da ciência processual, não há mais lugar para a primeira figura, que DINAMARCO de forma sagaz denomina de juiz Pilatos¹⁷⁶, aquele que deixa acontecer sem interferir¹⁷⁷.

Tampouco se prega uma postura autoritária e arbitrária do magistrado no exercício de sua função, uma vez que o aumento dos poderes do juiz não

¹⁷⁴ Hermes Zaneti Jr., *Democracia e judiciário na re(politização) do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia*, p. 208. Já dizia LIEBMAN que o processo não é um negócio combinado em família.

¹⁷⁵ *Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário*, p. 37. Valendo-se da mesma alegoria na comparação do juiz com um relógio, Ivan RIGHI, ao descrever os poderes ordinatórios do juiz e o princípio do impulso oficial, sentencia: “o juiz moderno trabalha como um relógio automático, não necessita de provocação das partes litigantes” (*Os poderes do juiz*, p. 207).

¹⁷⁶ *Instituições...*, vol. I, p. 239.

¹⁷⁷ Para BARBOSA MOREIRA, “reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (*O processo, as partes e a sociedade*, p. 40).

deve significar, necessariamente, completa indeterminação desses poderes¹⁷⁸, que como visto decorrem de deveres que lhes pressupõe, sendo sua limitação decorrente da própria garantia do devido processo legal¹⁷⁹. Do mesmo modo que é preciso reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário, é preciso também abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil¹⁸⁰.

O que se preconiza, conforme João Carlos Baptista PUOLI, não apenas em matéria de provas, mas durante todo o desenrolar do processo, é “uma atuação mais interessada do juiz, que deve estar ciente de que sua atuação não estará somente predisposta à satisfação dos interesses privados das partes, mas também ao desempenho de papel fundamental para concretização dos escopos do processo”¹⁸¹.

¹⁷⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 59.

¹⁷⁹ O devido processo legal, cuja origem remonta à Carta Magna inglesa de 1215, foi concebido precisamente como instrumento para limitar os poderes do imperador João Sem-Terra. Sobre o devido processo legal e suas dimensões formal e substancial, Dinamarco elucida: “*due process of law* é mais que uma garantia: é o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. É também, por outro aspecto e em outras palavras, um sistema de *limitações ao exercício do poder* – limitações postas ao juiz como penhor da efetividade das garantias do contraditório e ampla defesa. Em sua redução mais sintética, é *uma garantia de justiça* e consiste no *direito ao processo*, ou seja, direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses” (*A instrumentalidade do processo*, p. 152-153).

¹⁸⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *ibidem*, p. 62.

¹⁸¹ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 43

CAPÍTULO III – PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO

3.1. Poder geral de efetivação e outros poderes gerais (de cautela, de antecipação da tutela jurisdicional e de editar tutelas provisórias): paralelo e distinção

O revogado Código de Processo Civil de 1973 previa em seu artigo 798 o que a doutrina houve por bem denominar de “poder geral de cautela”¹⁸².

Esse poder geral era compreendido como uma previsão aberta, diante da dificuldade do legislador em antever abstratamente todas as hipóteses e eventuais soluções possíveis, para que o magistrado adotasse no caso concreto as medidas que entendesse pertinentes e adequadas para atingir determinado escopo.

No caso do poder geral de cautela, sua previsão existia, ou pelo menos deveria existir¹⁸³, para aparelhar o processo com provas ou bens, como são exemplos genuínos as cautelares típicas de produção antecipada de provas e de atentado, cuja finalidade era estritamente garantir ao processo um resultado justo e útil, daí dizer-se que a missão das cautelares é instrumental ao processo¹⁸⁴.

O poder de cautela possui também um nexos intenso com a necessidade de se conferir efetividade ao processo. Em uma das mais célebres e completas obras sobre o tema, BEDAQUE leciona que:

A tutela cautelar é, sem dúvida, componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade. (...) Por isso, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, dispõe o sistema de regra geral admitindo o amplo poder cautelar do julgador¹⁸⁵.

O poder geral de cautela era previsto para evitar algum prejuízo irreparável ou dano ao direito, que seria gerado em razão do tempo necessário para sua efetivação pela via ordinária. Destinava-se, assim, “a afastar acontecimentos que, se

¹⁸² Sobre o tema, v. clássica obra de Sydney Sanches, *Poder cautelar geral do juiz*.

¹⁸³ Cândido Rangel Dinamarco chama a atenção para o fato de que o poder geral de cautela, “tão festejado pela doutrina como a chave mágica da tutela cautelar, é na prática utilizado com vista a antecipar total ou parcialmente a tutela final, não a aparelhar o processo mesmo, como seria se realmente estivessem sendo concedidas medidas cautelares” (*Nova era do processo civil*, p. 64).

¹⁸⁴ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *ibidem*, p. 63. Para Flávio Luiz YARSHELL, considerando que os provimentos cautelares são destinados a garantir a utilidade e eficácia do provimento principal eles seriam dotados de uma “dupla instrumentalidade” (*A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças?* É também a lição de Calamandrei, segundo quem “se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito material que através deles se atua, nos provimentos cautelares descobre-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, por assim dizer, elevada ao quadrado...” (*Apud*, Sydney Sanches, ob. cit., prefácio).

¹⁸⁵ *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 229.

verificados durante o desenvolvimento do processo, podem comprometer seu resultado, afastando a desejada coincidência entre a satisfação espontânea do direito e aquela obtida pela via jurisdicional”¹⁸⁶.

O poder geral de cautela, tal como se verá mais adiante quanto ao poder geral de efetivação, era atrelado a uma ideia de subsidiariedade, pois só quando inexistente alguma modalidade específica de tutela apta a conferir plena satisfação do direito é que seu exercício se legitimava. Havendo outro meio previsto para atingir a finalidade, este deveria ser usado¹⁸⁷.

Além desse poder geral cautelar, o ordenamento processual passou a prever, a partir da reforma de 1994, um poder de determinar medidas que antecipam ao sujeito o próprio bem da vida que ele busca por meio do processo.

Cândido Rangel DINAMARCO ensina que esse poder já era previsto esparsamente no ordenamento processual, em diversas modalidades de ações, tais como os interditos possessórios, o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade, etc., em que as medidas que podem ser deferidas *in limine* são verdadeiras antecipações dos próprios efeitos do provimento que se objetiva. Para o eminente processualista, portanto, a previsão contida no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 não criou o poder de antecipação, mas na realidade inovou ao estabelecer um poder geral de antecipação da tutela jurisdicional, alinhado “ao poder de conceder antecipações nos casos específicos definidos em lei, do mesmo modo como o poder geral de cautela, explicitado no art. 798 do Código de Processo Civil, tem vida ao lado do poder de conceder as cautelas que a lei tipifica”¹⁸⁸.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a unificação das tutelas provisórias (cautelares e antecipadas), acabou-se positivando, segundo Flávio Luiz YARSHELL, um “poder geral de editar tutelas provisórias”, consagrado em seu artigo 297¹⁸⁹.

¹⁸⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, *ibidem*, p. 230-231.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 230.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸⁹ Ob. cit. Na mesma linha, Bruno Garcia REDONDO, ainda em comentários de *lege ferenda* sobre o hoje vigente Código de Processo Civil, vaticinava que o projeto consagrava um “dever-poder geral de antecipação e de cautela do juiz, ao permitir que o juiz conceda medidas destinadas a assegurar a efetividade da tutela preventiva ou repressiva pleiteada pelo requerente” (*Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p. 96).

Semelhante no aspecto de “poder geral”, mas diverso quanto ao objetivo, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe também em seu conteúdo um novo poder geral, de efetivação das decisões judiciais, ao estabelecer a possibilidade de o juiz determinar quaisquer medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para garantir o cumprimento de ordens judiciais.

3.2. A cláusula geral do poder de efetivação no Código de Processo Civil de 2015

O artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, ao conferir ao juiz um poder de efetivação, o fez por meio de verdadeira cláusula geral.

Segundo Fredie DIDIER JR.: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”¹⁹⁰.

Todo enunciado normativo possui uma estrutura hipotético-condicional que prescreve que, em caso de ocorrência de determinada hipótese fática (antecedente normativo), incide o efeito determinado pela lei (consequente normativo). *Se* o antecedente, *deve-ser* o consequente.

A cláusula geral é uma norma aberta, com diretriz indeterminada, que por não fixar com exatidão e precisão sua hipótese e seu consequente, dá ao juiz maior liberdade para integrá-la.

A norma jurídica¹⁹¹ que se extrai do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil pode ser assim resumida: *se* houver descumprimento de ordem judicial (antecedente), *deve-ser* a imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (consequente).

Como se percebe, a norma não fixa ou delimita aprioristicamente em quais casos específicos terá incidência (antecedente), nem como deverá ser aplicada

¹⁹⁰ <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-81/>

¹⁹¹ Norma jurídica é a significação do direito positivo. A norma jurídica emerge da existência de um texto legal. A lei é algo concreto; a norma, abstrato. Nas palavras de Paulo de Barros CARVALHO: “podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação. Nas duas situações, encontraremos o suporte físico que se refere a algum objeto do mundo (significado) e do qual extratamos um conceito ou juízo (significação)” (*Curso de Direito Tributário*, p. 8).

(consequente), o que denota sua característica de cláusula geral. Ela permite ao magistrado, de forma geral, em quaisquer casos de descumprimento de ordem judicial (inclusive em ações de pagar quantia), a imposição de medidas que não explicita, ficando a escolha, portanto, à mercê da atividade criativa do juiz, apenas mencionando os tipos possíveis segundo sua característica (indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias).

Daí afirmar-se, com base nas premissas de que o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil é uma cláusula geral e que o dispositivo estabelece um poder de efetivação, por silogismo, que o dispositivo traduz um poder geral de efetivação¹⁹².

De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, a previsão dá novo significado à atividade jurisdicional, valorizando a autoridade das decisões judiciais e conferindo novos mecanismos de proteção dos direitos¹⁹³. Segundo os autores:

O art. 139, IV, CPC, explicita os poderes de *imperium* conferidos ao juiz para concretizar suas ordens. A regra se destina tanto a ordens instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo das ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens exibitórias na execução) como a ordens finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida)¹⁹⁴.

Com o advento desse novo poder geral, o juiz passou a ser dotado de ferramenta para impor o cumprimento de suas determinações e garantir a efetividade de suas decisões, tanto as interlocutórias, proferidas no curso do processo, de caráter instrumental e que visam a preparar e a conduzir o processo ao seu termo final, como as finais propriamente ditas (sentenças), quando possuam em seu bojo algum comando¹⁹⁵,

¹⁹² Enunciado n. 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam): “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”.

¹⁹³ *O Novo Processo Civil*, p. 373.

¹⁹⁴ *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 213.

¹⁹⁵ Isso porque sentenças puramente constitutivas ou meramente declaratórias, que não dependem do cumprimento de qualquer obrigação pela parte vencida e, portanto, são aptas a produzir seus efeitos *de per se*, prescindem desse poder geral de efetivação, não necessitando da imposição de medidas contra o sucumbente voltadas a assegurar sua efetividade. Embora em certos casos, para a operacionalização da tutela constitutiva ou declaratória, sejam expedidas ordens pelo juiz (v.g. mandado de averbação de separação ou divórcio – tutelas desconstitutivas –, mandado de averbação de paternidade, determinação de cancelamento de protesto – tutelas declaratórias de existência ou inexistência de relação jurídica), tais determinações decorrem da própria sentença e são direcionadas a terceiros (nos casos exemplificados a cartórios extrajudiciais), diferentemente das medidas decorrentes do poder geral de efetivação, que seriam um *posterius* para impor a produção de efeitos que a decisão de forma autônoma não tem o condão de produzir. Nesse sentido, sobre a eficácia natural e a plenitude das tutelas declaratórias e constitutivas ver Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 209-210 e vol. IV, p. 256 e ss.

podendo para tanto determinar, tanto a requerimento da parte como de ofício, diversas modalidades de medidas.

3.3. O poder geral de efetivação nas ações para cumprimento de prestações pecuniárias: a atipicidade das medidas executivas

Como observado por Fernando da Fonseca GAJARDONI, “o art. 139, IV, do Novo CPC, parece trazer ao país algo bastante novo, cuja aplicação, a depender do comportamento do Judiciário, pode implicar em verdadeira revolução (positiva ou negativa) na sistemática executiva até então vigente”¹⁹⁶.

Refere-se o autor à parte final do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, que estende a possibilidade de utilizar as medidas decorrentes do poder geral de efetivação do juiz para assegurar o cumprimento de ordens judiciais em ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Conforme já mencionado anteriormente, além de ampliar os poderes do juiz para a imposição de medidas tendentes a assegurar o cumprimento de suas determinações, a legislação processual ainda expandiu tal previsão para ações de pagar quantia certa, consagrando para elas a atipicidade das medidas executivas.

O princípio da tipicidade das formas executivas tinha como fundamento impedir que as partes e o juiz utilizassem meios executivos não expressamente previstos na lei, ideal que vigorava na época do Estado liberal clássico. Garantia-se ao litigante que, no caso de sua eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos tipificados¹⁹⁷, dando ao demandado uma previsibilidade dos modos possíveis de atuação executiva, já que a existência de um rol expresso de medidas permitiria antever como a execução seria realizada¹⁹⁸.

Francisco Emilio BALEOTTI também aponta que essa visão prendia-se a um conceito liberal de processo, segundo a qual, por conta da “violência que a execução propiciava sobre o patrimônio e a liberdade do executado, este deveria estar

¹⁹⁶ *A revolução silenciosa da execução por quantia*, disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em: 9/7/2016.

¹⁹⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, p. 231.

¹⁹⁸ José Miguel Garcia Medina, *Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória*, p. 339

protegido do constrangimento de sua vontade e isto se fazia mediante a previsibilidade das consequências que poderiam advir de sua inadimplência”¹⁹⁹. No entanto, como destaca o autor, considerando que na atualidade o processo é informado por direitos fundamentais, dentre os quais o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, princípios como o da tipicidade dos meios executivos, antes tidos como dogmas inatacáveis, passam a ter seu peso relativizado²⁰⁰.

Nesse contexto, ganha espaço a atipicidade dos meios executivos²⁰¹, inicialmente contemplada nas ações de obrigação de fazer ou não fazer em relações de consumo (artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor), posteriormente adotada de forma mais ampla em quaisquer ações de obrigação de fazer ou não fazer e também em ações para entrega de coisa (artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973), dispositivos que enumeravam de forma exemplificativa, ou em *numerus apertus*, diferentes meios de execução, tanto indiretos como sub-rogatórios, até enfim alcançar as ações cujo objeto seja prestação pecuniária com a previsão contida na parte final do artigo 139, IV, do atual Código de Processo Civil.

Dessa forma, se na vigência do antigo Código de Processo Civil ainda se podia discutir sobre a aplicação ou não do princípio da atipicidade das medidas executivas nas ações de obrigação de pagar quantia certa²⁰², com o advento do atual Código de Processo Civil e a previsão contida na parte final do artigo 139, IV, parece que sua adoção para essas espécies de ações passa a ser estreme de dúvidas²⁰³.

Ao comentar a inovação, Cássio Scarpinella BUENO tece as seguintes observações:

Trata-se de regra que convida à reflexão sobre o CPC de 2015 ter passado a admitir, de maneira expressa, verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo Código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que se mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Um verdadeiro ‘dever-poder geral executivo’, portanto. Aceita

¹⁹⁹ Extensão dos poderes do juiz na execução, p. 125.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 125.

²⁰¹ Sobre tal evolução v. Jonathan Iovane de Lemos, *Das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios*.

²⁰² Flávio Luiz Yarshell e Marcelo José Magalhães Bonicio, por exemplo, chegaram a conjecturar, sob a égide do Código revogado, acerca da possibilidade ou não de adotar técnicas de execução indireta, mais especificamente medidas mandamentais em obrigações de pagamento de quantia (*Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia*). Com a nova disciplina, a questão parece superada.

²⁰³ Daniel Amorim Assumpção Neves, *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC*.

essa proposta – que, em última análise, propõe a adoção de um modelo atípico de atos executivos, ao lado da tipificação feita pelos arts. 513 a 538, que disciplinam o cumprimento de sentença, e ao longo de todo o Livro II da Parte Especial, voltado ao processo de execução –, será correto ao magistrado flexibilizar as regras previstas naqueles dispositivos codificados consoante se verifiquem insuficientes para a efetivação da tutela jurisdicional.

Chama a atenção neste inciso IV do art. 139, ademais, a expressa referência às ‘ações que tenham por objeto prestação pecuniária’, que convida o intérprete a abandonar (de vez, e com mais de dez anos de atraso) o modelo ‘condenação/execução’, que, até o advento da Lei n. 11.232/2005, caracterizou o modelo executivo do CPC de 1973 para aquelas prestações e suas consequentes ‘obrigações de pagar quantia’. Até porque, com relação às demais modalidades obrigacionais, de fazer, não fazer e de entrega de coisa, esta atipicidade já é conhecida pelo direito processual civil brasileiro desde o início da década de 1990. Primeiro com o art. 84 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor) e depois, de forma generalizada, pela introdução do art. 461 no CPC de 1973 pela Lei n. 8.952/1994²⁰⁴.

Como elucida José Miguel Garcia MEDINA, “a referida atipicidade – no sentido de ausência de modelo legalmente pré-definido a ser observado – se verifica (a) em relação à multiplicidade de medidas executivas diversas que podem ser aplicadas e (b) quanto à forma de aplicação de tais medidas executivas”²⁰⁵. Assim, há certa dose de atipicidade quando a lei não explicita limites temporais ou quantitativos, por exemplo, na aplicação da multa coercitiva, conquanto a atipicidade plena se caracterize quando não haja predeterminação quer em relação à forma de aplicação, quer em relação às espécies de medidas que podem ser empregadas, cuja escolha fica totalmente a critério do juiz²⁰⁶.

3.4. Medidas em espécie

3.4.1. Medidas sub-rogatórias

No direito romano, eram comuns as coerções físicas para impor o cumprimento de obrigações.

A *manus injectio*, o mais antigo dos meios executórios institucionalizados pelo direito romano, caracterizava-se pelo

emprego da força contra o próprio obrigado. Acorrentado na praça pública, exprobase-se o executado a solver a dívida e, finalmente, remanescendo insatisfeito o crédito reclamado pelo credor, padecia o devedor a brutal e

²⁰⁴ *Manual de Direito Processual Civil*, p. 165.

²⁰⁵ *Execução Civil*, p. 409.

²⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 409.

irreversível sanção da escravidão e, havendo pluralidade de credores, da morte²⁰⁷.

Abandonados esses meios de coerção pessoal do primitivo direito romano, com a superação do ideal de responsabilidade pessoal-corporal e a adoção da responsabilidade estritamente patrimonial do sujeito por suas obrigações, a execução destas passou a ser eminentemente sub-rogatória.

A sub-rogação compreende atos diretos do Estado-juiz ou de seus auxiliares, que independem da participação, vontade ou colaboração do obrigado, substituindo a conduta deste de forma a realizar o resultado idêntico àquele que seria alcançado com o cumprimento. Como elucida DINAMARCO: “daí chamarem-se medidas de sub-rogação, o que significa medidas realizadas por um sujeito, o juiz, em substituição à conduta de outro sujeito, que é o obrigado inadimplente (sub-rogar, em direito é *pôr no lugar de*)”.

As medidas de sub-rogação consistem em uma substituição de atividades, que acabam sendo exercidas pelo Estado-juiz, com a tomada de bens pertencentes ao obrigado e transferência ao credor²⁰⁸.

ARAKEN DE ASSIS²⁰⁹ classifica os meios sub-rogatórios em: desapossamento, transformação e expropriação. Segundo o mestre gaúcho, o desapossamento importa em atividade simples e imediata que se resume a (procurar e encontrar no caso de coisas móveis) tomar a coisa e entregá-la ao credor, sendo espécies desse gênero a busca e apreensão e a imissão na posse. Meio de transformação seria aquele pelo qual um terceiro é encarregado de satisfazer, à custa do executado, uma obrigação de fazer fungível que deveria ser cumprida por este (artigo 817 do Código de Processo Civil de 2015). E a expropriação²¹⁰, por fim, que consiste propriamente em atos de retirada da propriedade (patrimônio) de um sujeito e transferência a outro e se dá por meio de: desconto em folha de pagamento (para casos de obrigação alimentar, artigo 529 do Código de Processo Civil de 2015); adjudicação; alienação por iniciativa particular; alienação por

²⁰⁷ Araken de Assis, *Manual de Execução*, p. 188.

²⁰⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, vol. IV, p. 50.

²⁰⁹ Ob. cit., p. 193 e ss.

²¹⁰ O desapossamento de certa forma também caracteriza um meio expropriatório. Contudo, considerando que aquele se dá por atividade mais simples e imediata e, mais do que isso, caracteriza-se por recair sobre um bem específico que é ele mesmo o objeto da tutela e o qual será transferido para o credor, parece acertada a opção por classificá-lo em meio diverso da expropriação tal como propõe Araken de Assis, uma vez que nesta os atos visam à retirada de patrimônio indiscriminado do devedor, com o fim de crescer de maneira genérica ao do credor, podendo tal transferência se dar tanto com o próprio bem expropriado (adjudicação) como pelo produto arrecadado com sua conversão em dinheiro (alienação).

leilão; e apropriação, que se traduz no percebimento de frutos e rendimentos do bem penhorado durante certo período²¹¹.

As medidas sub-rogatórias refletem a atividade tipicamente substitutiva realizada pelo juiz, que com sua atuação se coloca na posição do obrigado e procura satisfazer o direito do credor, fazendo o que o devedor deveria ter feito²¹².

3.4.2. Medidas mandamentais

O conceito de *mandamentalidade* é encontrado na definição de sentença mandamental proposta pela divisão quinária das sentenças de mérito adotada por PONTES DE MIRANDA²¹³.

Para DINAMARCO, que defende a classificação tríplice das sentenças de mérito, contudo, a *mandamentalidade* não é característica de um tipo específico de ação ou sentença de mérito, mas sim uma eficácia, que determinadas sentenças têm, de mandar o sujeito desenvolver determinada conduta, além de seu conteúdo declaratório, constitutivo ou condenatório. Segundo ele, “o que valoriza a sentença mandamental, em sua capacidade de promover a efetivação dos direitos, é a *imediatidade* entre seu momento de eficácia e a execução”²¹⁴, pois enquanto o *mandamento* tem aptidão imediata para produzir efeitos ao propiciar maior agilidade em sua execução, nas sentenças condenatórias puras há um intervalo até que a execução venha a ser proposta, os atos constritivos de execução forçada desencadeados e, enfim, a decisão produza efetivamente seus efeitos. Assim, segundo essa concepção, não existem sentenças simplesmente mandamentais sem serem condenatórias, e o mandamento é uma eficácia de certas sentenças condenatórias.

Portanto, medidas mandamentais são aquelas que trazem em si um comando, uma ordem ou mandamento de conteúdo imperativo, com a exigência de seu

²¹¹ A penhora não é uma modalidade de meio sub-rogatório, pois é providência anterior e instrumental para a efetiva expropriação, tal como o sequestro e o arresto.

²¹² Edilton Meireles, *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*, p. 234.

²¹³ Sobre o tema v. José Carlos Barbosa Moreira, *A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil*.

²¹⁴ *A reforma da reforma*, p. 230-231.

próprio cumprimento pelo obrigado e observância por todos²¹⁵, tendo por objetivo preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda²¹⁶.

Quaisquer decisões com que o juiz determine uma conduta, seja um fazer, uma abstenção, uma entrega, têm conteúdo mandamental, e por tais decisões impõem uma ordem, seu descumprimento configura desobediência a um ato estatal²¹⁷, cuja reação pode se dar tanto pela punição do infrator, como com a imposição de outras espécies de medidas (em sua maioria coercitivas) para impor o cumprimento do mandamento²¹⁸.

Ao exercer o poder geral de efetivação, o juiz por vezes acabará impondo medidas que tenham um viés tanto mandamental quanto coercitivo, como por exemplo no célebre caso de bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, em que foi imposta medida de cunho coercitivo como forma de compelir a empresa a cumprir uma determinação judicial de fornecimento de dados de conversas entre sujeitos investigados por suposta prática de crimes. Paralelamente a esta, foi imposta uma ordem, isto é, uma medida mandamental correlata, direcionada às operadoras de telefonia móvel (terceiros também não integrantes da relação jurídica processual²¹⁹), às quais cabia cumprir o comando judicial para possibilitar a suspensão do aplicativo.

²¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 61.

²¹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 231

²¹⁷ É precisamente esse o traço distintivo entre uma ordem mandamental e outras espécies de decisões judiciais, ainda que imponham a prática de determinado ato ao obrigado, como, por exemplo, a intimação para pagar. A ordem mandamental contém intrínseca a ela a cláusula “sob pena de desobediência”. Nesse sentido, Edilton MEIRELES destaca que, para evitar dúvidas e para exercer pressão, “o obrigado deve ser intimado pessoalmente da ordem mandamental, constando da comunicação a advertência que o descumprimento da obrigação imposta pode resultar na prática de crime de desobediência” (ob. cit., p. 240).

²¹⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 61.

²¹⁹ O Código de Processo Civil também prevê expressamente a possibilidade de impor medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias ao terceiro (artigo 380). Vale destacar que, no caso do bloqueio do WhatsApp abordado, a empresa responsável pelo aplicativo em território nacional, sobre a qual recaiu a medida coercitiva, também não era parte, mas sim terceiro alheio à relação jurídica processual. Contudo, sendo prejudicado pela determinação e, portanto, possuindo legítimo interesse como terceiro, a empresa impugnou a decisão, tendo a irresignação no caso se dado não por meio de recurso, mas sim por mandado de segurança (<https://www.conjur.com.br/2015-dez-17/tj-sao-paulo-suspende-bloqueio-aplicativo-whatsapp>). Do mesmo modo, uma das operadoras de telefonia se insurgiu contra a determinação judicial por meio de *habeas corpus* (<https://www.conjur.com.br/2015-dez-17/oi-entra-habeas-corporis-suspender-bloqueio-whatsapp>). Nessas circunstâncias, embora tratando da intervenção do terceiro no processo por meio de recurso, como ensina DINAMARCO: “o terceiro torna-se parte no processo exclusivamente para os fins limitados do recurso que interpõe e para eventuais recursos subsequentes a ele (embargos infringentes, recurso especial ou extraordinário etc.). Caso o processo prossiga na pendência desse recurso, como se dá quando é interposto o agravo de instrumento, o terceiro que recorreu não tem condição de parte que lhe autorize a participação fora daqueles limites; o mesmo sucede quando, depois do recurso, o processo volta a fluir na instância de origem (...)” (*Instituições...*, vol. II, p. 403-404).

3.4.3. Medidas coercitivas

As medidas coercitivas, ou de execução indireta, são mecanismos de pressão psicológica que visam a fazer com que o destinatário da ordem judicial cumpra o comando ele mesmo, portanto, de maneira voluntária, embora não espontânea.

Como já visto, superada a fase primitiva do direito romano em que preponderava a execução pessoal, com a imposição de medidas que recaiam sobre a pessoa do indivíduo e não sobre seu patrimônio, a sub-rogação passou a ser regra na generalidade dos sistemas jurídicos.

Conforme lições de Leonardo GRECO²²⁰, os meios de coerção no direito moderno têm origem nos remédios da *equity* do direito inglês e posteriormente norte-americano, principalmente nas *injunctions*²²¹.

Para assegurar o cumprimento das *injunctions*, o direito norte-americano desenvolveu a doutrina dos poderes inerentes (*inherent powers*)²²² e assim evitar o *contempt of court* (desprezo à corte).

²²⁰ Palestra proferida em evento “Presente e Futuro do Processo Civil brasileiro: Homenagem a Cândido Dinamarco, em seus 80 anos”, com o título “Coações indiretas na execução pecuniária”. Sobre o uso do termo coação em vez de coerção, DINAMARCO, ao comentar que Chiovenda falava em *mezzi di coazione*, explica que tanto em língua italiana como portuguesa os vocábulos têm significados muito próximos, mas não equivalentes, sendo preferível o uso de “coerção”, tanto para não insinuar o uso da força como forma de indução a adimplir, como para evitar a conotação de ilicitude que ordinariamente acompanha a palavra coação, que também tradicionalmente designa um vício de consentimento (*Instituições...*, vol. IV, p. 50).

²²¹ Como já tivemos oportunidade de desenvolver, a *equity* é um sistema complementar ao direito comum que nasceu da jurisdição exercida pelo Chanceler, membro do Conselho Real, que tinha delegação do rei para o julgamento de apelos a ele diretamente formulados. Criou-se a partir disso uma espécie de justiça paralela aos Tribunais de Westminster, responsáveis pela *common law*, o Tribunal de Chancelaria, que decidia os casos por equidade (ver mais em Fernando Awensztern Pavlovsky, *O funcionamento do Judiciário no Reino Unido*). As *injunctions*, por sua vez, são ordens judiciais para fazer ou não fazer proferidas no meio ou no final de um processo. Como assinala José Carlos Batpista PUOLI ao tratar sobre o assunto: “No sistema da *common law*, o juiz tem maior poder e liberdade para, ao longo do desenvolvimento de sua função no caso concreto, criar medidas necessárias para o desenvolvimento da atividade jurisdicional e para impor a eficácia de suas decisões. Esta liberdade acaba sendo implementada pela possibilidade de o juiz determinar, com amplo grau de discricionariedade, providências ou condutas que devem ser seguidas pela parte, sob pena de, coercitivamente, reprimir-se a eventual resistência” (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 118).

²²² Sobre o tema, ensina Sérgio Cruz ARENHART que pela doutrina dos *inherent powers*: “os magistrados possuem poder amplo para a adoção de medidas de execução indireta para dar efetividade às 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 integridade e para tornar efetivas as suas ações legais. 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 examinado e ainda determinar a punição em caso de

Como discorre ADA PELLEGRINI GRINOVER ao tratar do assunto, a “origem do *contempt of court* está associada à ideia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões”, pois seria “inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados”²²³.

Caracterizado o *contempt of court*, que se manifesta por atos desrespeitosos do litigante ou de terceiro para com o órgão jurisdicional, como desobediência, insubordinação, desprezo, desafio ou insolência²²⁴, fica o praticante do ato sujeito tanto à punição (*contempt* criminal), quanto à coerção para o cumprimento da decisão judicial (*contempt* civil), que são realizadas em qualquer dessas modalidades por prisão, multa, perda de direitos processuais e sequestro. No caso do *contempt* civil, cujo objetivo é forçar o cumprimento da determinação, as medidas são por tempo indeterminado, até que haja o cumprimento da ordem judicial²²⁵.

Ao também assinalar esse duplo caráter do *contempt of court*, punitivo e coercitivo, relacionando o primeiro à disciplina já conhecida pelo direito brasileiro que possibilita aplicar sanções pecuniárias pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça (atualmente prevista no artigo 77 do Código de Processo Civil de 2015) e instaurar processo criminal por crime de desobediência, Helena Najjar ABDO destaca que os olhos da doutrina brasileira parecem estar voltados, contudo, ao seu aspecto coercitivo²²⁶.

A coercibilidade das obrigações, que constitui negação ao dogma da intangibilidade da vontade humana²²⁷ e de certa forma um retorno à sistemática

desrespeito ao tribunal (*contempt of Court*) (...) esses poderes são intrínsecos à própria existência dos tribunais, derivando do texto constitucional. Se os tribunais existem, devem-se-lhes oferecer condições mínimas para que atuem de forma eficaz, constituindo esses poderes nos elementos necessários para tanto” (*A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas*, p. 536-537).

²²³ *Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*, p. 65.

²²⁴ Helena Najjar Abdo, *Abuso do processo*, p. 245.

²²⁵ Ada Pellegrini Grinover, *ob. cit.*, p. 65. Como destaca a saudosa processualista: “Uma conduta desrespeitosa pode ser passível, ao mesmo tempo, de *contempt* civil e criminal, seja no processo civil, seja no processo penal. No *contempt* criminal (punitivo), o processo, autônomo, sumário, é instaurado de ofício ou por provocação da parte interessada; no civil (coercitivo), a aplicação ocorre nos mesmos autos, mediante provocação do interessado, garantida a ampla defesa. Admite-se transação sobre o *contempt* civil” (*Ibidem*, p. 65).

²²⁶ *Ob. cit.*, p. 248.

²²⁷ Para Enrico Tullio LIEBMAN, a execução deveria recair apenas sobre os bens do devedor e não sobre a sua pessoa, pois a obrigação em si mesma seria sempre incoercível, porque o direito não poderia de maneira alguma constranger o devedor a ter, quando não quer, o comportamento a que é obrigado (*Manual de Direito Processual Civil*, p. 266). Com CHIOVENDA e CALAMANDREI desenvolveu-se a ideia de que em nada interfere

prevista no direito romano, embora obviamente não na extensão das medidas de coerção física permitidas à época, passou a ser adotada no direito brasileiro em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor. Este, ao disciplinar ações de obrigação de fazer ou não fazer envolvendo relações de consumo, tornou excepcional converter a obrigação não cumprida em perdas e danos e passou a prever a possibilidade de concessão da tutela específica ou determinação de providências como multa (as *astreintes* provenientes do direito francês²²⁸), busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra e impedimento de atividade nociva, para assegurar resultado prático equivalente (artigo 84).

Posteriormente, a mesma previsão foi estendida para a generalidade das ações de obrigação de fazer ou não fazer e entrega de coisa (artigo 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973), possibilitando ao juiz, mediante meios coercitivos, vencer a resistência do obrigado, pressionando-o psicologicamente a cumprir a ordem judicial. Assim, a execução indireta, ou por coerção, deixa de figurar como algo excepcional e passa a representar papel muito importante entre as atividades destinadas à satisfação dos direitos e efetividade da tutela jurisdicional²²⁹.

Como se vê, já sob a égide do código revogado, que apenas elencava exemplificativamente as medidas que o juiz poderia adotar para efetivar a tutela específica, a legislação desde então permitia, embora restrita às ações de obrigação de fazer ou não fazer, a imposição de medidas coercitivas não taxativamente previstas (segundo a redação, poderia o juiz “determinar as medidas necessárias”).

na dignidade da pessoa, ou em sua liberdade de querer ou não querer, atividades estatais imperativas que produzam situação jurídica final equivalente (tutela específica) ou então a imposição de medidas de pressão psicológica para compelir o obrigado a cumprir com a obrigação (Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 220).

²²⁸ Sobre o tema, ensina José Miguel Garcia MEDINA que: “As *astreintes* surgidas no direito francês significaram, de certo modo, uma reação à radical regra *nemo potest cogi ad factum*. Embora se trate de medida coercitiva de caráter patrimonial, a sua criação pela jurisprudência francesa revela a insatisfação oriunda daquele outro sistema, que impedia o uso de qualquer medida coercitiva contra o devedor, e que chegava a considerar a obrigação de fazer como uma obrigação natural ou facultativa. Tais medidas surgiram, inicialmente, em decorrência do labor jurisprudencial, como medida nitidamente coercitiva, desvinculada da indenização de eventuais perdas e danos. Posteriormente, contudo, a mesma jurisprudência experimentou algum retrocesso, vinculando o valor das *astreintes* ao do prejuízo sofrido pelo credor. Desse modo, as *astreintes* passaram a ter caráter indenizatório, e não mais coercitivo. Foi somente com a Lei de 05.07.1972 que as *astreintes* voltaram a ter caráter coercitivo. Atualmente, a Lei n. 650, de 09.07.91, em seu art. 34, afirma textualmente que ‘*l’astreinte est indépendante des dommages-intérêts*’” (*Execução Civil*, p. 444-445).

²²⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 223-224.

Tanto que há mais de 10 anos Olavo de OLIVEIRA NETO²³⁰ já conjecturava e defendia a possibilidade de impor medidas coercitivas atípicas de restrição de direitos do devedor, como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores²³¹, como forma de lhe compelir ao cumprimento da obrigação²³².

Tal possibilidade, como outras ventiladas na doutrina e que começaram a surgir na jurisprudência, ganhou ênfase com a nova disciplina conferida pelo artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, que tornou mais explícita a atipicidade plena dos meios executivos e, assim, a possibilidade de aplicar quaisquer medidas coercitivas, aparentemente limitadas apenas à criatividade do julgador.

Fernando da Fonseca GAJARDONI cita alguns exemplos de medidas que podem vir a ser adotadas como meios coercitivos atípicos: a suspensão do direito de conduzir veículo automotor para o pagamento do débito de dívidas oriundas de multas de trânsito quando superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens); vedação à contratação de novos funcionários por empresa com dívidas salariais até que seja efetuado o pagamento das verbas; proibição de contratar financiamentos ou participar de licitações em casos de não pagamento de financiamento bancário na forma e prazo estipulados²³³.

Como se percebe pelos exemplos por ele ilustrados, GAJARDONI compreende que deve existir uma correlação entre a espécie de obrigação inadimplida e a medida coercitiva a ser adotada.

²³⁰ *Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença*, p. 197.

²³¹ Segundo Olavo de OLIVEIRA NETO desde então sustentava: “quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor; e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso, suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-repitição, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade pelo pagamento do débito. Decorrendo a limitação de situação objetiva, como por exemplo, a não existência de bens penhoráveis ou a suspensão do processo de execução pela sua falta, nada impede que aquele que necessita exercer tal direito para sua sobrevivência, como é o caso do motorista profissional, solicite ao juiz o afastamento da limitação de direitos. Nesta hipótese, porém, inverte-se o ônus da prova no processo, cabendo ao devedor inadimplente, então, demonstrar que necessita da habilitação para exercer atividade profissional, ou por outra questão relevante, como doença em família” (*Ibidem*, p. 197).

²³² Ada Pellegrini GRINOVER defendia até mesmo a prisão civil como medida coercitiva possível para impor o cumprimento de determinações judiciais, ainda que relacionadas a obrigações de pagar. Isso porque, segundo a eminente processualista, o encarceramento nessas hipóteses não caracterizaria prisão por dívidas, mas sim pelo descumprimento de uma decisão judicial, como meio de impor à parte recalcitrante o cumprimento da ordem (*Abuso do processo...*, p. 67 e 69). Abordaremos novamente a questão no item 3.4.4.

²³³ *A revolução silenciosa da execução por quantia*.

Entendemos, contudo, assim como Daniel Amorim ASSUMPÇÃO NEVES²³⁴, que embora essa correlação possa vir a ocorrer no caso concreto, não nos parece ser algo indispensável, um requisito ou limite para o exercício do poder geral de efetivação. Como bem argumenta o autor, não havendo essa necessária correlação sequer nas medidas típicas (como, por exemplo, na ausência de qualquer correlação entre a prisão civil e a dívida do devedor de alimentos, ou mesmo a falta de correlação entre as *astreintes* e as obrigações de fazer), não parece razoável ou adequado exigí-la para a aplicação das medidas coercitivas atípicas²³⁵.

3.4.4. Medidas indutivas

Ao comentar o novel dispositivo que estabelece o poder geral de efetivação, Elpídio DONIZETTI destaca que a expressão “medidas indutivas” foi utilizada pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no projeto de lei da ação civil pública²³⁶. Segundo a crítica do autor, legisladores e doutrinadores “têm um pendor especial para a criação de espécies desnecessárias. Exibem exóticos termos como a maior descoberta do século”²³⁷. Assim, para ele, as medidas indutivas seriam uma subdivisão das medidas coercitivas, apenas mais uma espécie de medida voltada a forçar o destinatário da ordem a cumpri-la²³⁸.

Partilhamos do entendimento do processualista mineiro quanto à proximidade semântica dos termos. Contudo, por ser regra básica de hermenêutica não se presumirem na lei palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*), devendo-se tentar ao máximo interpretar a lei de modo que todas as palavras tenham alguma eficácia e dela não resultem vocábulos supérfluos, cabe ao intérprete buscar extrair deles alguma significação real²³⁹.

²³⁴ *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC.*

²³⁵ *Ibidem.*

²³⁶ Refere-se o autor ao PL n. 5.139/2009, que dava nova disciplina à ação civil pública, mas foi rejeitado na CCJ da Câmara dos Deputados.

²³⁷ *Curso didático de direito processual civil*, p. 326.

²³⁸ Conforme esclarece, Elpídio DONIZETTI crê que a indução adviria da prisão para aqueles que sustentam que o cumprimento da decisão judicial pode ser exigido sob cominação de prisão, porquanto distinta da prisão por dívida. A questão da prisão como medida coercitiva será abordada mais adiante.

²³⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 204.

Desse modo, no nosso sentir, meios indutivos poderiam ser diferenciados dos coercitivos pelo incentivo que operam.

As medidas coercitivas, como visto, são meios de pressão psicológica, portanto, incentivos negativos ou intimidatórios. As medidas indutivas, por sua vez, poderiam ser conceituadas como formas de incentivo positivo ou estímulo para que o obrigado cumpra a determinação judicial²⁴⁰.

Seguindo essa definição, podemos identificar determinadas circunstâncias em que a própria lei prevê de maneira expressa certas medidas de caráter indutivo, como a redução dos honorários advocatícios pela metade quando o réu reconhece a procedência do pedido e ao mesmo tempo cumpre integralmente a prestação, ou nos casos em que o devedor realiza o pagamento integral da obrigação no prazo de três dias em execução por quantia certa (artigos 90, §4º e 827, §1º, do Código de Processo Civil) e a isenção do pagamento de custas pelo réu que cumpre o mandado monitório no prazo de 15 dias (artigo 701, §1º, do Código de Processo Civil)²⁴¹. Tais exemplos consubstanciam verdadeiras medidas indutivas *ope legis*.

Como se percebe pela conceituação ora proposta, as medidas indutivas se caracterizam como uma promessa de benefício tendente a estimular o obrigado a cumprir a ordem judicial. E não se pode cogitar da existência de um benefício sem um encargo respectivo, pois para que seja possível se estabelecer qualquer benefício, é necessário que, em contrapartida, alguém arque com o encargo de propiciá-lo.

Nos exemplos citados, colhidos de dispositivos expressos do Código de Processo Civil, a própria lei, ao estabelecer os benefícios para que haja o

²⁴⁰ Nesse sentido é também a compreensão de Cândido Rangel DINAMARCO, segundo o qual as sanções (meios pelos quais o titular de poder visa a obter a eficácia de suas decisões) podem se dar por meio de ameaças de males pelo descumprimento, ou pela via da promessa de recompensa (indução) (*A instrumentalidade do processo*, p. 123). Na mesma trilha, Edilton MEIRELES diferencia as medidas coercitivas, que impõem ao obrigado uma sanção como castigo, uma desvantagem, das medidas indutivas, que oferecem uma vantagem, um incentivo, podendo ser conceituadas como uma sanção premial (*Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*, p. 240-241).

²⁴¹ DINAMARCO cita ainda como exemplo de recompensa prometida a permanência do locatário no imóvel urbano por seis meses, com isenção do pagamento das despesas processuais e condenação honorária, como compensação, por reconhecer o pedido de despejo (nos casos que a lei prevê) e desocupar pontualmente o imóvel nos termos do artigo 61 da Lei n. 8.245/91 (*A instrumentalidade do processo*, p. 125). MEIRELES, por sua vez, menciona também o artigo 90, §3º (dispensa de custas em caso de transação antes da sentença), artigo 916 (possibilidade de parcelamento da dívida em caso de reconhecimento das correções das contas e depósito de ao menos 30% do valor) e artigo 1.040, §2º (dispensa de custas e honorários de sucumbência em caso de desistência da ação antes de oferecida a contestação após julgamento de recurso repetitivo) (*Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*, p. 240-241).

cumprimento da obrigação, impõe o encargo ora ao *ex adverso*, que não será ressarcido das custas despendidas para ingresso em juízo (no caso da monitória), ora ao seu patrono, que não será integralmente remunerado a título de honorários advocatícios sucumbenciais.

Ocorre que no caso de medidas indutivas *ope iudicis*, que podem ser impostas com base no poder geral de efetivação, para que o juiz as adote, do mesmo modo, invariavelmente, terá de acabar influenciando na esfera jurídica de outrem, que será quem suportará o encargo do benefício prometido pela medida.

Contudo, o magistrado não tem liberdade para assim proceder. Não pode o juiz, por exemplo, sem respaldo em lei expressa, impor como medida indutiva a isenção de custas processuais, pois ao assim agir estaria dispondo de direito que não é seu (erário). Outrossim, não poderia isentar ou reduzir o valor de honorários advocatícios, pois ao agir desse modo estaria também dispondo sobre direito que não lhe pertence.

Destarte, parece-nos que a fixação de qualquer medida indutiva depende da participação da parte contrária ou de um terceiro.

Isso porque, a depender da medida indutiva a ser adotada, caso ela possa de alguma forma afetar a esfera jurídica da parte à qual o cumprimento da determinação judicial pelo obrigado beneficiará, aquela deverá necessariamente ser consultada para que aquiesça com a indução.

Poderíamos exemplificar com um caso por nós conhecido de uma demanda envolvendo a recuperação de bens de valor histórico em que a empresa condenada não cumpre a obrigação no prazo estipulado e em razão disso contra ela passa a incidir multa pelo atraso, que seria revertida para o Fundo dos Direitos Difusos previsto na Lei de Ação Civil Pública. Considerando a intenção da empresa em cumprir a obrigação e recuperar o patrimônio histórico, o Ministério Público concordou em formalizar um termo de ajustamento para que parte do montante consolidado das astreintes fosse utilizada no próprio projeto de recuperação, uma vez que esse era o maior objetivo²⁴².

²⁴² O exemplo é elucidativo e também traz à lume uma questão: poderia o juiz como medida indutiva dispensar ou reduzir o pagamento da multa cominatória independente da concordância da parte a quem ela beneficia? Edilton MEIRELES responde de forma negativa. Para o autor, “uma vez tendo ingressado no patrimônio jurídico do credor a multa vencida, ainda que não satisfeita, descaberá ao juiz, posteriormente, buscar incentivar o cumprimento da obrigação com a promessa de exclusão da sanção já incidente sobre os fatos passados” (*Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*, p. 242-243). A possibilidade ou não de reduzir o montante já consolidado das *astreintes* é

Por outro lado, caso a medida indutiva não gere encargo a ser assumido pela parte contrária, decerto gerará para algum terceiro, de quem o magistrado dependerá da colaboração, como, por exemplo, a publicação de propaganda positiva na imprensa ou veículo de comunicação a favor de determinada parte que venha a cumprir a determinação.

Apontando a dificuldade em vislumbrar outros exemplos de medidas indutivas que o juiz pode estabelecer e que não interfiram em esfera alheia sem específica previsão implícita ou expressa em lei, Edilton MEIRELES cita a possibilidade de o juiz dilatar prazos processuais, nos termos do artigo 139, VI, do Código de Processo Civil. Havendo permissão legal para que o juiz dilate quaisquer prazos processuais (inclusive peremptórios), o autor alude, como medida indutiva, ampliar para 45 dias, por exemplo, o prazo para pagamento de quantia certa (ordinariamente previsto em 15 dias de acordo com o artigo 523), se o devedor, depois de intimado, manifestar concordância com o valor apontado e renunciar ao direito de oferecer impugnação²⁴³.

Embora reconheça que mesmo em tal caso haveria um sacrifício à situação jurídica do credor, que em razão da medida indutiva acabaria recebendo a quantia em prazo superior ao que teria direito, o autor compreende que o juiz poderia nessa circunstância, ainda que com influência na esfera do credor, adotar a medida com base em expressa previsão legal que permite dilatar prazos.

bastante discutida. Já sob a égide do Código de Processo Civil anterior, que dispunha em seu artigo 461, §6º, que o juiz poderia de ofício modificar o valor ou a periodicidade da multa caso verificasse ser ela insuficiente ou excessiva, a doutrina se dividia quanto à questão, havendo certa prevalência da corrente que entendia ser possível reduzir o montante consolidado por razões de razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé processual (Nesse sentido ver, entre outros: Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*; Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de Direito Processual Civil*; Fredie Didier Junior, *Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil*). Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, também a inclinação majoritária era no sentido de admitir-se a redução, embora de forma excepcional, quando considerado excessivamente desproporcional (não apenas superior) em relação à obrigação principal, tendo atingido patamares elevados não apenas em decorrência da simples resistência da parte em cumprir a ordem, considerando-se a razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa diária no momento da fixação, e não o montante alcançado em razão da demora no cumprimento da obrigação decorrente de simples resistência da parte em cumprir a ordem (REsp 1135824 / MG e REsp 1.352.426-GO). Mais sobre, v. André Krausburg Sartori, *Possibilidade (ou não) de redução do montante das astreintes após a sua consolidação, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 537, §1º, foi mais específico ao estabelecer que o juiz poderá modificar o valor ou a periodicidade apenas da multa *vincenda*. Resta saber se diante dessa nova disposição ainda prevalecerá a orientação anterior. Trata-se de tema complexo, que merece maiores reflexões em outra oportunidade. De todo modo, para os que defendem a possibilidade de revisar o montante já consolidado, tal expediente poderia ser utilizado como medida indutiva.

²⁴³ *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*, p. 243-244.

De todo modo, em se tratando de inovação legislativa, apenas com o passar do tempo, e diante da diversidade de situações e casos concretos submetidos à prática forense, é que o mecanismo será mais assimilado e, por certo, surgirão novas hipóteses de aplicação.

3.3. Poder geral e discricionariedade judicial

Ao tratarmos de um poder geral, fundado em uma norma aberta, verdadeira cláusula geral composta de termos vagos em seu antecedente e indeterminada em seu consequente²⁴⁴ e que, portanto, acentua a margem da liberdade de interpretação do magistrado no exercício de tal poder para aplicar a previsão aos casos concretos, não há como deixar de discutir a ideia da discricionariedade judicial.

A questão sobre a discricionariedade judicial sempre vem à tona quando se está diante de conceitos jurídicos indeterminados²⁴⁵ ou cláusulas gerais.

Discricionariedade significa poder de escolha. O conceito de discricionariedade é de grande utilização no campo do Direito Administrativo, no qual o administrador muitas vezes é dotado de liberdade de escolher, entre opções igualmente possíveis, aquela que melhor atenda aos interesses da administração, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Muito se discute na doutrina processual sobre a existência de um poder discricionário nos mesmos moldes na atividade jurisdicional.

A discussão decorre de certa simbiose que se faz entre discricionariedade e interpretação²⁴⁶. Conforme destaca BEDAQUE, que rechaça a ideia de discricionariedade no âmbito jurisdicional, quando se fala em discricionariedade judicial se quer “significar apenas a maior ou menor liberdade de o juiz adaptar (ou interpretar) as normas aos casos concretos, de tal sorte que o magistrado não tem a liberdade de escolher

²⁴⁴ V. nota de rodapé n. 11.

²⁴⁵ Para Eros Roberto GRAU, a expressão “conceito jurídico indeterminado” não é a mais correta. Segundo o autor: “a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referir-nos a termos indeterminados de conceitos, não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 146).

²⁴⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*, p. 505 e ss.

uma entre várias possibilidades de aplicar a norma”²⁴⁷. Assim, “deve-se distinguir poder discricionário de interpretação da lei, que consiste na busca da solução desejada pelo legislador, ou seja, daquela mais adequada à situação descrita no processo”.

Segundo o renomado processualista, embora possam existir várias soluções tecnicamente possíveis, só existe uma correta, e cabe ao magistrado encontrá-la consoante, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto. Por mais ampla que possa ser a margem de interpretação do juiz para buscar o sentido da lei, a decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada segundo seu entendimento, o que não impede que em sede recursal venha a ser obtido resultado diverso, uma vez que o órgão colegiado pode concluir ser outra a solução adequada ao caso concreto. Assim, tanto uma decisão quanto outra representam a única opção correta para o intérprete que a adotou, não tendo qualquer deles (juiz singular ou órgão colegiado) as escolhido segundo juízos de conveniência ou oportunidade²⁴⁸.

É a posição também defendida por Teresa Arruda Alvim WAMBIER. Para a professora da Pontifícia Universidade Católica, o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta a norma e a aplica ao caso concreto, pois se assim o fosse tais decisões ficariam fora do controle das partes, na medida em que a razão de ser da noção de discricionariedade é justamente funcionar como limite à possibilidade de controle do ato, considerando que dentro da zona de liberdade conferida ao detentor do poder discricionário todas as opções possíveis seriam tidas como corretas²⁴⁹.

E no campo da atuação jurisdicional, a flexibilidade inerente aos conceitos vagos e indeterminados não permite a existência de decisões completamente diferentes, baseadas no mesmo texto legal, em situações fáticas idênticas, em um mesmo momento histórico. Na ocorrência de uma situação como essa, segundo WAMBIER, só uma das decisões estará correta, e a dificuldade que porventura se apresente no sentido de definir qual delas é a melhor não pode representar óbice a que se diga que efetivamente existe uma decisão correta²⁵⁰.

²⁴⁷ *Discricionariedade judicial*, p. 187-188.

²⁴⁸ *Ibidem*, 191. É a mesma opinião de Ronald DWORKIN, que compreende que quando o juiz exerce a interpretação ele não cria um novo direito, mas apenas descobre a solução dentro do direito já existente, havendo, portanto, apenas uma resposta certa. Sobre o tema, v. Katya Kozicki, *O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin*.

²⁴⁹ *Ob. cit.*, p. 507 e 511.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 518-519. Ainda, segundo WAMBIER: “O princípio da legalidade seria evidentemente burlado se se entendesse que o Judiciário poderia (licitamente) decidir diferentemente em face da mesma lei e de casos

É certo que o julgador não detém liberdade de escolher a decisão a proferir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Portanto, o conceito de discricionariedade próprio do Direito Administrativo não coaduna com a atividade jurisdicional. No Judiciário, não se pode falar em binômio de conveniência-oportunidade para se atingir a solução “correta e justa”, ou então mais razoável²⁵¹.

Contudo, como se percebe, a negativa de admitir-se uma discricionariedade judicial com o mesmo alcance do conceito formulado no âmbito do Direito Administrativo não impede a aceitação do termo no campo da atividade jurisdicional com conotação menos abrangente²⁵².

Comungamos a posição de Gisele Santos Fernandes GÓES: “nega-se peremptoriamente a discricionariedade judicial, nessa visão paradigmática exposta dos administrativistas, contudo, não se vislumbra atrito na feição da discricionariedade como perspectiva ótima da norma, em prol do Poder Judiciário”²⁵³.

Ao utilizar o termo com acepção diversa, Mauro CAPPELLETTI sustenta que: “é intrínseco em todo ato de interpretação um certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha – ,

idênticos, num mesmo contexto histórico. *A lei é uma só*. Seria burlar este princípio constitucional, base do próprio Estado de Direito, admitir-se que a lei é uma só, *mas* que pode ter várias interpretações, todas *válidas*. Conceder (ou não) uma liminar é *aplicar a lei*. Celso Antonio Bandeira de Mello diz que, se aí houvesse discricionariedade, teríamos de dizer que uma sentença de mérito, em que o juiz aplica uma norma de Direito material que contenha um conceito vago, como, por exemplo, *bom pai de família*, também seria um ato discricionário. Ambos os atos significam aplicação da lei a um caso concreto. A palavra do Judiciário é a lei *in casu*. A sentença proferida pelo magistrado é àquela hipótese, *com exclusão de qualquer outra*, contenha ou não a norma um termo vago ou conceito indeterminado. Sendo substituída a decisão exarada pelo juízo *a quo*, pelo juízo *ad quem*, será esta a certa (= a tida como certa)” (*Ibidem*, p. 532).

²⁵¹ Gisele Santos Fernandes Góes, *Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*, p. 88. No mesmo sentido v. Silvia Figueiredo Marques, *Considerações a respeito da existência ou não da chamada discricionariedade judicial*.

²⁵² O próprio BEDAQUE ressalva que a ideia de discricionariedade não é compatível com a atividade jurisdicional, que como visto compreenderia apenas uma solução correta, “salvo se diverso o sentido atribuído a essa expressão. Se poder discricionário significa maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes, o juiz o exerce” (*Discricionariedade judicial*, p. 192). DINAMARCO, ao tratar do poder geral de cautela, defende o que entende por discricionariedade judicial como algo positivo, a bem da efetividade do processo: “Ora, a abertura de caminhos para a discricionária manipulação do processo pelo juiz é passo seguro para que a justiça efetivamente se amolde às exigências de cada caso concreto, conduzindo à real e não meramente formal imposição das regras e princípios que inspiram o ordenamento jurídico e que são superiormente ditados pela Constituição. E nesse contexto é que se insere o significado mais expressivo do poder geral de cautela, através do qual o juiz é chamado e estimulado a fazer uso de seu poder soberano e de sua imaginação criadora, em prol do efetivo cumprimento da função social do processo e de sua própria alcandorada função jurisdicional” (prefácio da obra “*Poder geral cautelar do Juiz*, Sydney Sanches).

²⁵³ Ob. cit., p. 88.

não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete²⁵⁴. Entretanto, como bem adverte o jurista italiano:

Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais²⁵⁵.

Portanto, o juiz não pode, ainda quando o ordenamento lhe confere um poder amplo e aparentemente irrestrito, como o poder geral de efetivação²⁵⁶ outorgado pelo artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, agir de forma arbitrária, afastando-se da própria finalidade da norma e ultrapassando limites traçados pelo sistema, sob pena de aí sim ser realmente tachada como inconstitucional a previsão, como sustentam alguns autores²⁵⁷.

Conforme leciona Luiz Guilherme MARINONI:

O encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (...) para não se declarar a inconstitucionalidade de uma regra processual, é preciso agregar significado ao seu texto, conformando-o com a Constituição, e dessa forma fazendo-se a interpretação conforme²⁵⁸.

Embora se possa admitir que no exercício desse poder geral o juiz tenha margem de liberdade para escolher qual medida adotar a fim de assegurar a efetivação da decisão, circunstância que para alguns consubstanciaria discricionariedade judicial, não está ele absolutamente livre para impor qualquer medida segundo seu alvedrio. E embora se cogite que em determinado caso concreto mais de uma medida se apresente como viável para assegurar o cumprimento da ordem judicial, e assim a efetividade da decisão, apenas uma será escolhida pelo magistrado, demonstrando que essa era a providência ótima e, portanto, a (mais) correta (e efetiva), o que, por via de

²⁵⁴ *Juizes legisladores?*, p. 23.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 24.

²⁵⁶ Luiz Guilherme MARINONI observa que, no caso de normas processuais abertas, “a margem de poder do juiz é maior e, assim, a possibilidade de arbítrio também”. Por isso, “no caso de concretização de norma processual aberta, a necessidade de justificar a utilização da técnica processual é, antes de tudo, decorrência da própria estrutura dessa modalidade de norma, instituída para dar ao juiz poder necessário para atender às variadas situações concretas” (*A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, p. 235).

²⁵⁷ Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes, *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Antonio Carlos Marcato, José Carlos Baptista Puoli e Cândido Rangel Dinamarco nos debates travados por ocasião do exame de qualificação da presente dissertação também manifestaram preocupação com a amplitude do dispositivo, colocando em dúvida sua constitucionalidade.

²⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 230.

consequência, faz com que, ao reverso, as demais não sejam escolhas igualmente possíveis para aquele intérprete.

3.4. Parâmetros para o exercício do poder geral de efetivação e imposição das medidas em espécie

3.4.1. Motivação das decisões

O dever de motivação das decisões do Poder Judiciário decorre de preceito constitucional, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que impõe a fundamentação como verdadeira premissa para qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade.

Segundo o escólio de CALMON DE PASSOS:

o senhor a quem devemos reverência é a Constituição, os poderes do magistrado só podem ser admitidos se compatíveis com quanto nela instituído. E ela consagra o princípio da legalidade, a par de muitos outros que buscam proteger a cidadania. A eles também estão submetidos os magistrados, daí a relevância da fundamentação de quanto decide. Decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumir num Estado de Direito Democrático. Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade²⁵⁹.

A fundamentação das decisões judiciais legitima a autoridade do Poder Judiciário.

Diferentemente dos agentes dos demais Poderes do Estado, os juízes não são eleitos pelo povo, mas ingressam na carreira por concurso público. Sua legitimidade, portanto, não encontra respaldo em mandato outorgado pelo voto popular, sendo a motivação das decisões um dos – senão o principal – fatores de legitimação da atividade do juiz, que tem correlação finalística com o próprio princípio da legalidade, ao permitir o controle da imparcialidade do julgador²⁶⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 dispôs sobre o dever de fundamentação e ressaltou a necessidade de uma fundamentação substancial em quaisquer decisões judiciais (artigo 489, §1º).

²⁵⁹ *O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*, p. 220.

²⁶⁰ Maria Elizabeth Castro Lopes, *Anotações sobre a discricionariedade judicial*, p. 97.

Em se tratando do exercício de um poder geral, a exigência deve ser ainda maior.

Isso porque normas abertas, como é o caso da cláusula geral de efetivação, conferem maior poder para a utilização dos instrumentos processuais e impõem ao juiz o dever de demonstrar a idoneidade do seu uso, a fim de lhe garantir legitimidade, o que é feito pela racionalidade da argumentação expressa na fundamentação da decisão²⁶¹.

Embora não seja possível, como adverte Luiz Guilherme MARINONI, chegar-se “a uma teoria da decisão correta, isto é, a uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto”²⁶², isso não significa que o juiz não esteja obrigado a demonstrar a racionalidade de sua decisão, ao contrário, pois é precisamente pela fundamentação, e pela “racionalidade da argumentação”²⁶³, que o juiz demonstra o acerto de sua decisão.

Caso não encontre a solução correta, que se irá caracterizar pela solidez da motivação e irrefutabilidade dos argumentos expostos na decisão, à instância superior caberá reformar a decisão.

²⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni, *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, p. 231.

²⁶² *Ibidem*, p. 234. Sobre a correção ou incorreção de uma decisão judicial, Ovídio BAPTISTA DA SILVA afirma que nos habituamos a pensar o Direito como uma categoria binária, transmitindo a ideia de que compreendemos o Direito segundo uma visão maniqueísta, dividida simplesmente em certo e errado. Por herança do Iluminismo, acabamos por conceber o Direito quase como uma fórmula matemática, como se o conteúdo da lei, uma norma geral, abstrata e estática, sempre fosse suficiente para contemplar todas as hipóteses experimentadas pela vida humana, individual, concreta e dinâmica. Tanto assim que a Escola da Exegese, que recebeu forte influência dessa concepção iluminista, pregava a ideia de que o juiz seria apenas *la bouche de la loi*, cabendo a ele somente aplicar a “vontade da lei”, de forma autômata, por juízos de mero silogismos, como se a lei fosse ela mesma uma entidade viva e, pior, com apenas uma vontade. Esse pensamento “binário”, segundo o autor, exsurge com clareza quando falamos em recursos, pois “jamais se viu alguém utilizar os recursos, alegando a injustiça da sentença. Ao contrário, recorre-se porque o juiz ‘errara’. A doutrina do ‘certo’ e do ‘errado’ pressupõe também a pretensa neutralidade da lei, concebida pelo normativismo moderno como uma proposição lógica, sem qualquer conteúdo valorativo”, quando “os valores, além de relativos, admitem infinitas gradações, de modo que se pode conceber uma sentença menos ou mais justa que outra – ambas, no entanto, legítimas e ditadas conforme a lei” (*Os recursos – viés autoritário da jurisdição*, p. 245 e 253). A visão de MARINONI e BAPTISTA DA SILVA é aparentemente contrária à posição vista no tópico anterior defendida por BEDAQUE e WAMBIER, que sustentam haver apenas uma solução correta conforme a lei, cabendo ao juiz encontrá-la. Contudo, as ideias são absolutamente compatíveis, pois os primeiros, ao negar uma teoria da decisão correta e ao criticar o pensamento binário do direito, enunciam uma ideia de “correção” segundo uma visão externa àquele que profere a decisão; os segundos, ao discorrerem sobre a existência de apenas uma decisão correta para rechaçar a ideia de discricionariedade, encaram essa “correção” da perspectiva do prolator da decisão: para este, há a decisão certa e a errada, sendo legítimo a ele escolher apenas a primeira e pela racionalidade de sua argumentação expor as razões pelas quais ela deve ser tida como a correta. O que não significa que ela seja uma verdade absoluta ou universalmente correta, uma vez que “a decisão será sempre passível de impugnação, pois a solução adotada pode não ser a melhor, segundo entendimento de quem dela discorda” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Discricionariedade Judicial*, p. 192).

²⁶³ Luiz Guilherme Marinoni, *Ob. cit.*, p. 234.

Portanto, ao exercer o poder geral de efetivação, deverá o magistrado expor as razões para impor tal ou qual medida, justificando de forma substancial a escolha, de acordo com os critérios adiante propostos para o balizamento de tal poder.

3.4.2. Observância do contraditório

A garantia do contraditório pode ser considerada como a característica mais importante e indispensável do processo.

Tamanha importância, que o processualista italiano Elio FAZZALARI, ao desenvolver sua teoria sobre o processo, assentou a tese de que processo seria um procedimento em contraditório. Para o autor, o elemento que caracteriza o processo é especificamente o contraditório, não a relação jurídica processual²⁶⁴ ou mesmo o conflito de interesses. É o contraditório que impõe ao procedimento uma estrutura dialética, a *ratio distinguendi* do processo²⁶⁵.

A teoria processualista desenvolvida pelo jurista italiano ressalta a preocupação e a importância do contraditório como elemento fundamental e essencial do processo, pois como destaca BEDAQUE: “a legitimidade do provimento resultante do processo depende da efetiva participação das partes na sua formação, ou seja, depende da efetividade do contraditório”²⁶⁶

CAPPELLETTI, ao falar sobre os limites processuais à liberdade judicial, ou “virtudes passivas”, ensina que a jurisdição se assenta em duas regras fundamentais: *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*. Segundo o jurista italiano, a segunda delas, que interessa ao presente tópico, impõe “o caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente

²⁶⁴ Como destacam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, no entanto, contraditório e relação jurídica processual seriam duas faces de uma mesma realidade: “a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica da instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório” (*Teoria geral do processo*, p. 303).

²⁶⁵ *Instituições de Direito Processual*, p. 118 e ss.

²⁶⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 69.

ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial”²⁶⁷.

Portanto, o contraditório, ao lado da motivação dos atos decisórios, é um mecanismo de freio ao poder do juiz.

A busca pela efetividade do processo, e assim de um verdadeiro acesso à justiça, não pode relegar direitos e garantias de igual quilate, como é o caso do contraditório.

O devido processo legal impõe que àquele a quem se atribui a conduta contrária ao direito também se dê a possibilidade de demonstrar suas razões, para tentar impedir a invasão de sua esfera jurídica²⁶⁸. Isso se faz pela garantia do contraditório, que exige integração, informação e participação das partes no desenrolar do processo, e é fator legitimador da decisão judicial.

A exigência do contraditório deve se harmonizar com a garantia da efetividade. Por tal razão, sua observância pode ser assegurada por técnicas variadas, a depender do caso concreto.

Como alerta BEDAQUE, um dos desafios do processualista moderno é exatamente: “adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual”²⁶⁹ (p. 84).

Ordinariamente, o contraditório deve-se desenvolver de forma antecipada. A técnica do contraditório prévio impõe que o juiz não profira decisões em caráter *inaudita altera parte*, tendo de ouvir as partes antes de decidir.

Há casos, contudo, em que a oitiva prévia pode ser um risco à efetividade da decisão e ao resultado do processo e, em última análise, a este próprio como instrumento de solução de conflitos, quer por razões de tempo, quer pela possibilidade de o sujeito processual vir a frustrar a tutela judicial caso não seja pego de surpresa e tenha ciência antecipadamente da possível decisão que se exsurge. Nessas circunstâncias, a própria lei permite adotar técnica diversa, qual seja, o contraditório diferido, adiando-se a

²⁶⁷ *Juizes legisladores?*, p. 76.

²⁶⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 83.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 84.

participação efetiva de uma das partes do processo para a tomada de uma decisão. É o que ocorre quando da concessão de medidas em caráter liminar sem oitiva do réu.

Outra possibilidade além do contraditório diferido é o denominado contraditório eventual, no qual a observância da estrutura dialética própria do contraditório depende da iniciativa e provocação da parte. Nessa técnica, cujo exemplo clássico é o processo monitorio, no qual o réu não é citado para apresentar defesa, mas sim para efetuar o pagamento, a entrega de coisa ou para cumprir obrigação de fazer ou não fazer (e se não houver oposição por meio de embargos monitorios, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial – artigo 701 do CPC/2015), a garantia do contraditório fica subordinada ao interesse da parte de dela se valer.

Nos casos das medidas impostas no exercício do poder geral de efetivação, mormente as de natureza coercitiva e as mandamentais²⁷⁰, a regra também deve ser o contraditório prévio, nos termos da regra geral prevista no artigo 9º do Código de Processo Civil. Este estabelece que nenhuma decisão será proferida sem a oitiva prévia da parte contra a qual se volte, oportunizando-se assim que ela demonstre o descabimento da medida a ser adotada.

Excepcionalmente, as medidas podem ser impostas sem a prévia oitiva do obrigado, diferindo-se o contraditório, como o próprio artigo 9º do Código de Processo Civil, em seu parágrafo único, prevê para os casos de tutela de urgência, cujos requisitos são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (artigo 300), e de tutela de evidência, cuja situação ensejadora prevista no inciso I do artigo 311 (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte) pode ser perfeitamente aplicável em sede das medidas previstas no artigo 139, IV, decorrentes do poder geral de efetivação.

Por fim, podemos vislumbrar também casos de contraditório eventual na imposição de certas medidas, como as impostas a terceiros não integrantes da relação jurídica processual. Em tais casos, é possível que o terceiro ao qual se determinou a medida simplesmente a cumpra, mas também é plenamente factível que, por qualquer razão, venha a questioná-la²⁷¹. Nessa circunstância, parece-nos imprescindível instaurar um

²⁷⁰ Já que as indutivas e as sub-rogatórias por essência não impõem em si ônus ao obrigado, uma vez que as sub-rogatórias substituem a vontade do obrigado, não havendo necessidade de qualquer conduta por parte deste, e as indutivas, conforme conceituado no item 3.2.3, são medidas de estímulo.

²⁷¹ Podemos raciocinar mais uma vez com o caso do bloqueio do aplicativo de mensagens WhatsApp. Como visto na nota de rodapé n. 111, tanto a empresa responsável pelo aplicativo no Brasil, contra a qual a medida

incidente processual²⁷² para dirimir a controvérsia sobre a viabilidade da medida²⁷³. Embora a lei não preveja expressamente um procedimento específico, nada impede que o juiz, a quem compete velar pela observância das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, adote a providência para assegurá-las.

O respeito ao contraditório, como bem assinala DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, parece ser suficiente para afastar qualquer crítica sobre a constitucionalidade do poder geral conferido pelo artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, uma vez que a atipicidade abstratamente prevista na lei se torna concreta no momento em que o juiz indica as medidas que pretende adotar, dando assim à parte ciência das medidas que irá suportar, bem como a oportunidade de sobre elas se manifestar e assim convencê-lo de sua inadequação no caso concreto²⁷⁴.

3.4.3. Excepcionalidade e subsidiariedade

Como sói, em se tratando de um poder geral pelo qual o magistrado pode impor medidas não taxativamente previstas, é certo que seu exercício deve-se dar apenas quando esgotados outros meios ordinariamente previstos para impor o cumprimento da ordem sem êxito.

coercitiva foi adotada, quanto uma operadora de telefonia, em face da qual se impôs a medida mandamental correlata, insurgiram-se contra a determinação, quer por razões de impossibilidade de cumprimento da determinação judicial que objetivava garantir com as medidas (tese da empresa que afirmava que as conversas eram criptografadas de ponta a ponta e, portanto, as conversas não podiam ser acessadas e os dados fornecidos), quer por razões de violação da razoabilidade e proporcionalidade na medida (tese defendida pela operadora de telefonia).

²⁷² Como ensina DINAMARCO, incidentes processuais são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal, e dele dependentes, compostos de uma série de atos coordenados endereçados à pronúncia de uma decisão judicial sobre algum pedido ou requerimento das partes, referente ao processo pendente. São desvios acidentais do procedimento principal, que se situam à margem de sua caminhada linear em direção ao provimento final pedido na demanda inicial do processo, recaindo sobre este, causando alguma alteração no procedimento e ao fim produzindo algum efeito sobre ele (*Instituições...*, vol. II, p. 476-477).

²⁷³ Valendo-nos novamente do exemplo do caso do bloqueio do WhatsApp, com a instauração de um incidente processual, os envolvidos poderiam eventualmente produzir provas tendentes a comprovar a alegada impossibilidade de fornecer os dados, ou ao menos expor eventuais argumentos contrários à imposição da medida, garantindo-se a estrutura dialética própria do contraditório, que sem dúvida dá maior legitimidade à decisão ao final adotada. Tal discussão na prática acabou se dando em audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, posteriormente às sucessivas decisões que suspenderam o aplicativo (v. <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1889702-fundador-do-whatsapp-diz-no-stf-que-nao-e-possiv-el-interceptar-conversas.shtml> e <http://veja.abril.com.br/economia/whatsapp-diz-no-stf-que-nao-pode-revelar-mensagens/>).

²⁷⁴ *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC.*

Assim, havendo previsão específica de medidas a serem adotadas em determinadas espécies de ações (v.g. multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras ou impedimento de atividade nociva em casos de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer conforme artigo 536, §1º; multa por atraso em obrigação de entrega de coisa e obrigação de fazer ou de não fazer, conforme artigos 806, §1º, e 814, §1º), não cabe ao juiz, antes de constatar a ineficácia dessas medidas típicas, adotar outras com base no poder geral de efetivação, cujo exercício, como *ultima ratio*, deve-se caracterizar pela excepcionalidade e subsidiariedade.

É elucidativa a aplicação de tal critério, de forma até mesmo extremada, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em ação de alimentos decidiu por indeferir a suspensão de habilitação do executado, sob o fundamento de que a prisão civil, que seria medida tipicamente prevista, ainda não havia sido efetivada²⁷⁵.

3.4.4. Razoabilidade e proporcionalidade

Razoabilidade e proporcionalidade são critérios²⁷⁶ comumente utilizados como forma de controlar as atividades legislativa e executiva, a fim de evitar desvios e abusos a direitos dos cidadãos.

²⁷⁵ Agravo de Instrumento n. 70073283848, Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, 8ª Câmara Cível, julgado em 22/6/2017.

²⁷⁶ Há diversas correntes acerca da natureza jurídica da razoabilidade e proporcionalidade. Parte da doutrina os concebe como princípios. Nesse sentido: Luís Roberto BARROSO, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Constitucional*; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 111 e ss.; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266 e ss.; Gilmar Ferreira MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 248 e ss.; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 80 e ss.; Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 163 e ss.; Paulo BONAVIDES, “*Curso de Direito Constitucional*”, etc. Virgílio AFONSO DA SILVA, na esteira do enquadramento feito por Robert ALEXYS, os encara como regras (*O proporcional e o razoável*, p. 25-26). Bem esmiúça o debate em torno do tema Roberta Pereira NEGRÃO COSTA, que esclarece: “Se é adotado como critério distintivo de regras e princípios o grau de generalidade e abstração, bem como a noção de fundamentalidade da norma, o conceito de proporcionalidade será enquadrado como um princípio. Isso porque a proporcionalidade é uma norma fundamental do sistema, tida como o princípio dos princípios, pois está vinculada à guarda e garantia dos direitos fundamentais frente aos poderes do Estado. Trata-se de uma idéia fundante, traduzida em um parâmetro de valoração dos atos do Poder público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. (...) Contudo, se se adota como critério diferenciador de regras e princípios sua estrutura normativa, tendo por base a classificação de Alexy, a proporcionalidade terá natureza de regra. Para Luís Virgílio Afonso da Silva, são três as razões pelas quais é possível identificar a natureza jurídica de regra da proporcionalidade. A proporcionalidade não é um mandamento de otimização, ou seja, não tem como produzir efeitos em variadas medidas, na busca de realizar o direito em sua máxima medida. Trata-se de uma regra cujos elementos (adequação, necessidade e

Como limitadores da atuação estatal, razoabilidade e proporcionalidade também devem servir de baliza à atividade jurisdicional²⁷⁷. O Código de Processo Civil de 2015 dispõe de maneira expressa sobre sua incidência nesse âmbito: “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” (artigo 8º).

Muito já se escreveu sobre o tema e são diversos os entendimentos sobre o que se compreende por um e por outro.

proporcionalidade em sentido estrito) expressam deveres definidos e são aplicáveis na forma de subsunção. Verifica-se, portanto, que se trata de um método aplicado diante da constatação de colisão entre direitos fundamentais, cujo objetivo é fazer com que nenhuma restrição a tais direitos tome dimensões desproporcionais” (*“Proporcionalidade. Uma clarificação do conceito”*, p. 4). Há ainda a posição defendida por Humberto ÁVILA, para quem razoabilidade e proporcionalidade seriam postulados normativos aplicativos. Segundo a definição do autor: “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo). Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (*Teoria dos Princípios*, p. 121-122). Passando ao largo de tais discussões e para evitar adentrar no debate acerca da definição da natureza jurídica de tais conceitos, que não é o tema central do presente trabalho, no qual se está apenas a propor a aplicação de seus conteúdos como forma de balizar o exercício do poder geral de efetivação e suas medidas, preferiu-se tratá-los aqui simplesmente como “critérios”.

²⁷⁷ Vale destacar que a proporcionalidade não encontra previsão expressa na Constituição Federal. Não obstante, defende-se que ela integra o direito positivo brasileiro por meio do §2º do artigo 5º da Carta Cidadã, que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Assim, mesmo antes de o Código de Processo Civil de 2015 prever expressamente a proporcionalidade como critério norteador da atividade jurisdicional, sempre se defendeu sua aplicação também para o controle dos poderes do juiz, uma vez que: “O estabelecimento do princípio da proporcionalidade em nível constitucional, com a função de intermediar o relacionamento entre as duas matérias mais importantes a serem disciplinadas em uma constituição, como são aquelas referentes aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e ao ordenamento dos poderes estatais, já implica aceitar a aplicação generalizada do princípio nos vários ramos do direito” (Willis Santiago Guerra Filho, *Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz*, p. 119).

Virgílio AFONSO DA SILVA esclarece que muitas vezes os termos são encarados como sinônimos, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência²⁷⁸, embora para o autor razoabilidade e proporcionalidade possuam sentidos absolutamente distintos, pois, ainda que tenham objetivos semelhantes, isso não autoriza a tratá-los como sinônimos²⁷⁹.

Segundo o constitucionalista das Arcadas, razoabilidade e proporcionalidade se diferenciam tanto por sua origem como por sua estrutura²⁸⁰.

O conceito de razoabilidade, que de acordo com AFONSO DA SILVA remonta a uma decisão judicial proferida em 1948 pela Corte Inglesa e na realidade é concebido em sua origem como princípio da *irrazoabilidade*, implica rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula cunhada no caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation*, que ficou conhecida como teste de Wednesbury ou teste de irrazoabilidade: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”²⁸¹.

A ideia de proporcionalidade, em termos gerais, compreende uma relação lógica entre meio e fim. Nas palavras de Willis Santiago GUERRA FILHO, a “descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo”²⁸².

Predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, como proibição de excesso, a proporcionalidade passou também a ter um viés oposto, de proibição de insuficiência, isto é, instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais²⁸³.

Tendo sua origem no controle das leis restritivas de direitos fundamentais na Alemanha, diferentemente da razoabilidade, possui uma estrutura mais definida e precisa, desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão,

²⁷⁸ Ob. cit., p. 23.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 28.

²⁸⁰ Tratando-os de forma mais aproximada e até mesmo fungível, v. Luís Roberto Barroso, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Constitucional*.

²⁸¹ Ob. cit., p. 29. Sobre o caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation*, explica Roberta Pereira NEGRÃO COSTA: “Trata-se de caso ao qual era concedida a uma empresa licença para operar cinema, pela autoridade local, desde que não fosse permitida a entrada de crianças menores de 15 anos. A empresa pleiteou, junto à Corte Inglesa, reconhecimento de que tal condição era inaceitável e que a autoridade não tinha competência para impor essa exigência. A corte decidiu que para intervir na questão, a condição deveria ser tão desarrazoada que nenhuma autoridade razoável iria jamais considerar em manter ou impor a condição, situação que não se configurava no caso julgado, sendo mantida a exigência imposta pela autoridade local. O teste de razoabilidade implica em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis podendo ser resumida da seguinte forma: se uma decisão é, de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir” (Ob. cit., p. 8).

²⁸² Ob. cit., p. 116.

²⁸³ Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., p. 27.

subdividindo-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser analisados e aplicados em uma ordem predefinida²⁸⁴.

Adequação e necessidade, tidas como elementares da proporcionalidade, por consistirem de forma autônoma também em parâmetros propostos para o exercício do poder geral de efetivação, serão tratadas de forma isolada no próximo tópico.

A proporcionalidade em sentido estrito compreende o conceito geral e comum: correspondência entre o meio empregado e o fim a ser atingido. Para averiguar a proporcionalidade em sentido estrito, HUMBERTO ÁVILA propõe um questionamento:

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?²⁸⁵.

Obviamente que a resposta a essas perguntas não é tarefa das mais simples, mormente quando o tema de fundo é o poder geral de efetivação e, mais precisamente, a imposição de medidas coercitivas para garantir a autoridade e efetividade de decisões judiciais.

Isso porque a execução indireta, que se opera por meio de pressão psicológica ao descumpridor da ordem judicial, só terá êxito em seu objetivo de reprimir a vontade do ordenado com a ameaça de um mal grave e de certa forma desproporcional a qualquer vantagem que este possa auferir com o desrespeito à determinação²⁸⁶.

Considerando tal premissa, Eduardo TALAMINI ressalta a dificuldade de aplicar a proporcionalidade e a razoabilidade para balizar o exercício do

²⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 30. GUERRA FILHO aponta os mesmos elementos integrantes da proporcionalidade, apenas destoando da terminologia do elemento *necessidade*, que identifica como *exigibilidade* (Ob. cit., p. 118 e ss.). Feita a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, como esclarece AFONSO DA SILVA: “não é difícil perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão *Wednesbury*, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Há decisões na Corte Européia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade” (Ob. cit., p. 30).

²⁸⁵ Ob. cit., p. 173.

²⁸⁶ Sérgio Cruz Arenhart, *A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas*, p. 537. Segundo defende o autor, por essa mesma razão não prosperam os argumentos que sustentam haver limite para a fixação da multa coercitiva, ou que entendem que ela não pode converter-se em meio de opressão do ordenado.

poder de efetivação e para a escolha da medida adequada e eficiente para vencer a vontade daquele que se recusa a obedecer ao comando judicial:

A eleição concreta das medidas coercitivas atípicas, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tende a ser tarefa delicada. É da essência do instrumento coercitivo certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de estabelecer limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva *ameaça* ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios acima mencionados²⁸⁷.

Para auxiliar nessa tarefa de avaliação e escolha da medida razoável e proporcional, TALAMINI se vale da jurisprudência colhida do Supremo Tribunal Federal em casos de medidas administrativas de cobrança indireta no campo fiscal, extraindo as seguintes diretrizes: o meio de coerção não pode inviabilizar o cumprimento da ordem e não é providência que visa a penalizar o destinatário²⁸⁸; não pode haver desproporção qualitativa entre o objetivo a ser alcançado e o bem ou direito a ser sacrificado, ou, em outros termos, o valor jurídico visado pela medida não pode ter menor relevância, na ordem constitucional, do que aqueles afrontados; há que se atentar ainda para a potencialidade de atingir a esfera jurídica de terceiros, que o autor chama de exorbitância subjetiva²⁸⁹.

Dessa forma, é possível responder ao questionamento formulado na introdução do presente trabalho quanto à possibilidade de o juiz determinar o fechamento provisório de uma fábrica para obrigar a empresa a cumprir determinada obrigação pecuniária, uma vez que, além de desproporcional e desarrazoada a ameaça do ponto de vista axiológico, pois a restrição total ao exercício da empresa não se justificaria em comparação com o bem ao qual se busca dar guarida (de cunho patrimonial, ainda que

²⁸⁷ *Medidas Coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp*, p. 384. No mesmo sentido assinala Sérgio Cruz ARENHART: “Se os meios coercitivos servem para reprimir a vontade do ordenado (de desobedecer ao comando judicial), é inafastável a conclusão de que esse objetivo só se obtém com a ameaça de um mal grave e desproporcional a qualquer vantagem que o ordenado pudesse auferir com o desrespeito à determinação judicial (...) não têm cabimento eventuais argumentos que sustentam algum limite para a importância da multa coercitiva, ou que entendem que ela não pode converter-se em meio de opressão do ordenado” (*A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas*, p. 537).

²⁸⁸ Esse parâmetro será analisado de forma isolada e mais detida no tópico 3.4.6.

²⁸⁹ *Medidas Coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp*, p. 385 e ss. No caso do WhatsApp, ao se posicionar contra a medida de suspensão do aplicativo, o autor bem argumenta que a liberdade dos meios de comunicação, no qual se compreende o direito ao emprego dos mecanismos e tecnologias de comunicação, é um direito fundamental difuso que pertence indistintamente a todos. Portanto, a medida adotada sob esse aspecto subjetivo é exorbitante, pois cerceia gravemente a liberdade de comunicação de milhões de pessoas.

qualificado pelo interesse geral arrecadatório caso se tratasse de dívida fiscal), a medida também afetaria terceiros (trabalhadores e fornecedores) que seriam prejudicados²⁹⁰.

José Miguel Garcia MEDINA também propõe algumas balizas para a atividade de integração que compete ao juiz quando diante da atipicidade das medidas executivas, e que da mesma forma servem para nortear a atuação do magistrado no exercício do poder geral de efetivação. Segundo o autor, a intensidade das medidas executivas a serem adotadas deve considerar a importância do bem jurídico a ser tutelado e a qualidade da cognição judicial realizada (completa/parcial, exauriente/sumária, definitiva/não definitiva). É preciso atentar para limitações de ordem legal, como a relativa à proibição da prisão civil por dívidas, bem como para a irreparabilidade do prejuízo ocasionado com o emprego da medida coercitiva²⁹¹.

Quanto à prisão civil, como já mencionado anteriormente (v. nota de rodapé n. 228), há quem defenda a possibilidade de sua imposição como medida coercitiva, sob o argumento de que “uma coisa seria vedar a prisão civil por dívida pecuniária; outra, totalmente diversa, seria inviabilizar a prisão como meio coercitivo, imposta ao réu que se recusa a cumprir determinação judicial”²⁹².

Compartilhamos do entendimento de MEDINA no sentido de que, embora de fato o que a Constituição Federal vede seja a prisão civil por dívidas, não se referindo textualmente ao descumprimento de decisão judicial, mesmo assim a vedação se aplica, pois a prisão como medida coercitiva não decorre propriamente do descumprimento da decisão judicial, mas sim em razão de um dever jurídico, oriundo de lei ou de contrato, reconhecido – este sim – pela decisão²⁹³.

No mesmo sentido é a posição de Eduardo TALAMINI, que sustenta ser impropriedade o entendimento quanto à possibilidade de prisão civil como mecanismo coercitivo. Utiliza como argumento a própria exceção, prevista no texto constitucional (embora afastada pela jurisprudência por incompatibilidade com as convenções internacionais – v. nota de rodapé n. 146), da prisão do depositário infiel, que não se caracteriza como prisão propriamente por dívida pecuniária, mas sim como mecanismo de preservação da autoridade do juiz²⁹⁴.

²⁹⁰ Eduardo Talamini, *ibidem*, p. 384-385.

²⁹¹ *Execução civil*, p. 410-416.

²⁹² Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 388-389. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, *Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*.

²⁹³ *Execução civil*, p. 462-463.

²⁹⁴ *Prisão civil e penal e “execução indireta” – A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal*.

Para o processualista paranaense, tal exceção prevista na Constituição só vem a esclarecer o exato alcance da regra geral, de que “nenhuma hipótese de prisão processual civil, portanto, é autorizada, fora aquela estritamente prevista na Constituição”. Isso não significa que o desatendimento aos comandos judiciais não possa caracterizar crime de desobediência a ser sancionado com prisão penal, que embora reflexamente sirva como meio de coerção processual civil, deve seguir os requisitos constitucionais e processuais penais próprios do flagrante, dando origem a processo autônomo de natureza penal²⁹⁵.

Portanto, considerando que as medidas mandamentais têm a potencialidade de virem a culminar em prisão no caso de descumprimento, conforme visto no item 3.4.2, na esteira do que preconiza José Carlos Baptista PUOLI, para se evitar o uso indevido da prisão como meio coercitivo, parece lícito concluir que o uso de tais medidas “deverá estar restrito a hipóteses em que o direito material contiver um comando que exija cumprimento específico, não conversível, ‘prima facie’, em pecúnia”²⁹⁶.

3.4.5. Adequação e necessidade

Como visto anteriormente, adequação e necessidade podem ser considerados desdobramentos da proporcionalidade, por constituírem elementos integrantes de sua estrutura, tal como idealizada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.

É um binômio também bastante conhecido pelo processualista por ser associado a uma das condições da ação, que segundo DINAMARCO constitui o núcleo fundamental do direito de ação, qual seja, o interesse processual²⁹⁷.

Naquele instituto, adequação é tida como pertinência, acerto entre a espécie de provimento jurisdicional buscado pelo demandante e a situação da vida que ele pretende ver tutelada. A necessidade, por sua vez, é característica de indispensabilidade, que se apresenta quando sem o processo e sem o exercício da jurisdição o sujeito não seria capaz de obter o bem desejado²⁹⁸.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 158.

²⁹⁶ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 122.

²⁹⁷ *Instituições...*, vol. II, p. 309.

²⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 311-312.

Emprestando tais conceitos e valendo-nos também da definição que lhes dão os constitucionalistas ao dissecar a proporcionalidade, conseguimos estabelecê-los também como critérios a servir de crivo para a aplicação de medidas decorrentes do poder geral de efetivação.

Entende-se por adequação a conformação entre o meio e o fim a ser alcançado. Reputa-se adequada uma medida quando apta a atingir o fim ao qual se destina.

AFONSO DA SILVA destaca que “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”²⁹⁹. Portanto, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”³⁰⁰.

É necessária uma medida quando o fim por ela objetivado não possa ser alcançado de outra forma.

Como já dito, trata-se de característica de indispensabilidade, imprescindibilidade. Uma medida só será necessária quando a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida, com a mesma intensidade e eficiência, por meio de outra medida menos gravosa³⁰¹.

Dessa forma, o meio é adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; é exigível (necessário) quando outro(s) menos prejudicial(is) não seja(m) igualmente eficaz(es)³⁰².

Na síntese precisa de AFONSO DA SILVA, “a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto”³⁰³.

O crivo da necessidade, portanto, é feito por um exame comparativo hipotético com outras medidas igualmente atípicas, o que difere esse critério da excepcionalidade e da subsidiariedade antes enunciadas, pois estas pressupõem que outros meios típicos previstos hajam sido efetivamente utilizados sem êxito.

²⁹⁹ Ob. cit., p. 36.

³⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 37.

³⁰¹ Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., p. 38.

³⁰² Willis, Santiago Guerra Filho, ob. cit., p. 119.

³⁰³ Ob. cit., p. 38.

3.4.6. Execução indireta, não sanção

Outra questão que merece destaque para balizar o exercício do poder geral de efetivação, mais especificamente no que se refere à imposição de medidas coercitivas, é a sua função.

A finalidade da medida coercitiva é servir de instrumento para alcançar o cumprimento de uma determinação judicial. De acordo com uma visão teleológica, portanto, são meios de execução indireta, e não de sanção, em seu sentido de punição³⁰⁴.

Segundo CARNELUTTI, as medidas coercitivas seriam um *tertium genus*, pois possuiriam caráter híbrido, de execução e sanção: “*Entre la restitución y la pena propriamente dicha, que es penitencia, se insinúa un tipo intermedio de sanción, que no es ni restitución ni penitencia; hablando con precisión, se le debería dar el nombre de medida coercitiva*”³⁰⁵. Ao conceituá-las, assim descreve o mestre italiano:

*Se debe reconocer que la violencia está en el raíz de las que se llaman las medidas coercitivas contra el obligado. En último análisis, estas medidas se resuelven en una agravación de la sanción contra el incumplimiento; y, por eso, en la amenaza de una lesión de su interés más grave de la que ocasiona el cumplimiento; se puede también agravar la sanción para hacerla más eficaz, a medida que se retarda el cumplimiento*³⁰⁶.

Na lição de Eduardo TALAMINI, que busca sistematizar a visão de Carnelutti, execução é meio adotado *a fim de que* se atinja a situação a que o direito tende com o comando desobedecido; a pena, diferentemente, emprega-se *porque* aquela situação se verificou. Execução visa à satisfação, ao passo que pena impõe uma aflição. A medida coercitiva constitui um terceiro gênero, entre a pena e a execução. Apresenta em comum com a pena sua estrutura, pois recai sobre bem do devedor diferente daquele que é objeto

³⁰⁴ Conforme LIEBMAN, sanção é, em geral, uma medida estabelecida pelo direito como consequência de um fato ilícito. Quando se trata de um delito assume a expressão de pena; e quando se trata de um ilícito civil assume a expressão de reparação. Em ambos os casos, tratam-se de sanções de direito subatancial. LIEBMAN, no entanto, utiliza ainda uma outra conceituação, mais restrita e rigorosa, qual seja, a de sanção executiva, que segundo sua definição é a “medida que proporciona a satisfação coativa do direito do credor mediante o exercício do poder dos órgãos jurisdicionais, que, superando o óbice criado pela falta do adimplemento, atingem esse objetivo prescindindo da boa vontade e colaboração do devedor” (*Manual de Direito Processual Civil*, p. 264-265). Sobre o tema também discorre DINAMARCO, que destaca a peculiaridade da sanção executiva frente às sanções de direito substancial em razão de sua dinâmica, pois estas últimas não tem a si mesmas a capacidade de impor resultados práticos, ao passo que aquela se resolve em atos práticos de invasão patrimonial ou de pressão sobre a vontade da pessoa (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, p. 32). Nessa concepção, as medidas coercitivas, como meios de execução indireta, seriam sim formas de sanção, a sanção executiva.

³⁰⁵ *Derecho procesal civil y penal*, p. 50.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 333.

do dever violado, mas funcionalmente identifica-se com a execução, já que tem finalidade satisfativa antes que aflitiva³⁰⁷.

A medida coercitiva, portanto, tem natureza instrumental. Ela existe apenas para que um resultado seja alcançado. Quando obtido, a medida desaparece.

Daí porque, diferentemente de uma medida punitiva, que tem um fim em si mesmo e é definitiva, a medida de execução indireta é temporária. Nesse sentido, leciona DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES que:

(...) a medida executiva coercitiva só tem sentido se cumprir sua missão, ou seja, efetivamente pressionar o devedor a cumprir sua obrigação. Dessa forma, é natural que seja sempre temporária, porque de duas uma: ou a obrigação terá sido cumprida, o que demonstrará a eficácia da medida; ou após o decurso de tempo de sua aplicação sem o cumprimento da obrigação se notará sua ineficácia³⁰⁸.

MARCELO ABELHA RODRIGUES discorre sobre os casos amplamente divulgados na mídia de imposição de medidas coercitivas como suspensão de carteira nacional de habilitação e passaporte de devedores. Ao analisá-los, observou que o objetivo era na realidade sancionatório e não coercitivo, sendo uma punição pela violação da boa-fé e colaboração com a justiça. Alerta o autor, com razão, que a lei veio a estabelecer a atipicidade dos meios executivos, não dos sancionatórios, que devem ser expressamente previstos na legislação³⁰⁹. Segundo ele, “a análise do caso concreto é que vai dizer se a medida coercitiva atípica escolhida pelo juiz é adequada, pertinente, necessária e logicamente razoável”³¹⁰.

³⁰⁷ *Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp*, p. 381.

³⁰⁸ *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC*. Nesse sentido, o autor coloca como um dos requisitos para adotar medidas coercitivas atípicas que estas não tenham natureza sancionatória, uma vez que “a execução não é instrumento de vingança privada, nada justificando que o executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do exequente” (*ibidem*). Eduardo TALAMINI também destaca tal aspecto ao ressaltar que o meio de coerção não é castigo nem visa à educação do destinatário da ordem, estando instrumentalmente vinculado à perspectiva de cumprimento: “Não se trata de sancionar à altura do mal já cometido, mas de sancionar do modo mais eficaz possível para que o mal cesse. Basta ver que, por mais grave, lesiva e repugnante à ordem jurídica que seja a violação havida, se ela já se consumou e não pode ser repetida nem desfeita, não cabe nenhuma medida coercitiva, e não há nisso nenhuma aprovação do ilícito praticado, mas a constatação da desnecessidade e inocuidade da coerção. De nada adianta coagir o sujeito para que ele não faça aquilo que ele já acabou de fazer, que não vai repetir e não pode desfazer. Nessa hipótese, deverão incidir apenas sanções punitivas e ressarcitórias” (*Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp*, p. 385-386).

³⁰⁹ *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?*

³¹⁰ *Ibidem*. O autor dá o exemplo de um devedor/executado que vive de comprar e vender bens no exterior, uma espécie de “sacoleiro internacional, que não declara nada e oculta tudo o que vende. Nesse caso, ele entende que, sendo explicitada essa situação pelo exequente e não tendo sido exitosos outros meios executivos, seria adequada a apreensão do passaporte como meio de pressão psicológica para se obter um comportamento do devedor no sentido de cumprir a obrigação. Da mesma forma, um motorista que ganha dinheiro do Uber e se nega a informar seus rendimentos para pagar alimentos.

CAPÍTULO IV – ANÁLISE DE CASOS E JURISPRUDÊNCIA

Tão logo entrou em vigor o atual Código de Processo Civil, o poder geral de efetivação previsto em seu artigo 139, IV, passou a cair nas graças dos operadores do direito e a ser utilizado de forma recorrente na prática forense.

Já em 2016, poucos meses depois da entrada em vigor do novo diploma, o interesse pelo tema ganhou diversas manchetes em jornais e *sites* jurídicos especializados, dando notícias de casos de aplicação de medidas coercitivas para forçar os devedores a cumprir obrigações³¹¹.

O primeiro caso a ganhar repercussão foi de uma decisão tomada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, São Paulo, Capital. A magistrada Andrea Ferraz Musa, após tecer considerações acerca da inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto à ampliação dos poderes do juiz para conferir efetividade ao comando judicial, mormente nos casos de execução pecuniária, entendeu que estaria justificada na circunstância a imposição de medidas coercitivas, como a suspensão da carteira nacional de habilitação, a apreensão do passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito do executado, para forçar o executado a cumprir a obrigação.

A juíza ressaltou que tais medidas não devem ser aplicadas indiscriminadamente, mas sim de acordo com critérios de excepcionalidade, para evitar abusos e prejuízos aos direitos da personalidade do executado, sempre após o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, quando houver indícios de que o devedor se vale de blindagem patrimonial para negar o direito de crédito do exequente. Essas medidas devem ser proporcionais e observar a regra da menor onerosidade ao devedor. No caso analisado, deveriam ser aplicadas por tratar-se de uma execução que tramitava desde 2013, sem que qualquer valor houvesse sido pago, tendo sido tomadas todas as medidas

³¹¹ “Devedores podem ter passaporte e carteira de habilitação apreendidos”, Valor Econômico, 8/8/2016 (disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4661725/devedores-podem-ter-passaporte-e-carteira-de-habilitacao-apreendidos>, acesso em 10/8/2016); “Juiz apreende passaporte de devedor”, Valor Econômico, 5/9/2016 (disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4698705/juiz-apreende-passaporte-de-devedor>, acesso em 6/9/2016); “Passaporte é apreendido para forçar homem a quitar dívida”, Migalhas, 6/9/2016 (disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI245189,101048-Passaporte+e+apreendido+para+forçar+homem+a+quitar+divida>, acesso em 15/7/2017); “Para que réu pague dívida, juíza suspende CNH e confisca passaporte”, Conjur, 7/9/2016 (disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-07/reu-pague-divida-juiza-suspende-cnh-confisca-passaporte>, acesso em 15/7/2017); “Devedores de pensão alimentícia têm suspensos cartões de crédito e CNH”, Migalhas, 1/12/2016 (disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI249858,61044-Devedores+de+pensao+alimenticia+tem+suspensos+cartoes+de+credito+e+CNH>, acesso em 24/7/2017).

executivas cabíveis sem que o executado pagasse a dívida, indicasse bens à penhora, fizesse proposta de acordo e sequer cumprisse de forma adequada as ordens judiciais.

Assim, sob a fundamentação de que “não se pode admitir que um devedor contumaz, sujeito passivo de diversas execuções, utilize de subterfúgios tecnológicos e ilícitos para esconder seu patrimônio e frustrar os seus credores” e que “se o executado não tem como solver a presente dívida, também não (*sic*) recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito”, deduzindo dessa forma que se é capaz de manter tais atividades pode também quitar a dívida, a juíza entendeu que as medidas coercitivas poderiam se mostrar efetivas³¹².

Poucos dias depois, em decisão liminar monocrática em sede de *habeas corpus*, o Desembargador Marcos Ramos, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou que as medidas impostas no caso de suspensão da carteira nacional de habilitação e do passaporte afrontariam o direito constitucional de ir e vir. Ressaltando que conforme o artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentará apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, razoabilidade e legalidade”, o magistrado concedeu a ordem para cassar a decisão de primeira instância³¹³.

Posteriormente, a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, confirmou a liminar, consignando que os limites da responsabilidade patrimonial do devedor estão previstos no artigo 789 do diploma processual, que estabelece que ele responda com seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, de modo que a previsão contida no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil não autoriza o juiz a “utilizá-lo de forma indiscriminada e de maneira a alcançar a liberdade pessoal do devedor”. Além disso, de acordo com o acórdão³¹⁴, ainda que se entendesse que tais medidas fossem proporcionais e razoáveis, não necessariamente se mostrariam efetivas à satisfação do débito objeto da execução.

Do voto vencido podem ser colhidos também, em contrapartida, diversos argumentos a favor das medidas impostas:

³¹² Íntegra da decisão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/cpc-artigo-139-juiz-poder-determinar1.pdf>, acesso em 15/7/2017.

³¹³ Inteiro teor disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160909-17.pdf>, acesso em 24/7/2017.

³¹⁴ *Habeas Corpus* n. 2183713-85.2016.8.26.0000.

O objetivo do novel dispositivo não é impor penas ou restringir direitos, não sendo intenção do Judiciário suspender indefinidamente o direito de dirigir do executado ou sua liberdade de viajar, mas sim impor uma restrição tão gravosa caso ele não cumpra a determinação, que escolha cumprir sua obrigação e dar fim ao problema. Em outras palavras, mediante as medidas de coerção o Estado procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento. Ao fazê-lo, o Novo Código de Processo Civil rompe com as críticas da ineficiência das execuções. Não se cogita deferir medidas restritivas àqueles que demonstram a incapacidade absoluta de solver o débito, apenas àqueles que reconhecidamente se valem de artimanhas e subterfúgios para evitar a satisfação das dívidas, “preferindo” outras despesas mais 'nobres', agindo em nome de terceiros e fazendo escárnio dos credores e do próprio Poder Judiciário. Para tanto, memorável a noção de que a medida em comento tem caráter excepcional e encontra limites no plano da proporcionalidade³¹⁵.

Passando ao largo da discussão quanto à adequação ou não das medidas impostas, é possível extrair desse precedente, um dos primeiros sobre o tema, critérios e parâmetros já mencionados no decorrer do presente trabalho para o exercício do poder geral de efetivação, havendo pontos de convergência entre os fundamentos expostos tanto pelos que defenderam a imposição das medidas, como pelos que se posicionaram em sentido contrário.

O exercício do poder geral de efetivação conferido pelo artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 deve ser norteado pela razoabilidade e proporcionalidade; a escolha das medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou subrogatórias a serem adotadas em cada caso deve observar um binômio adequação-necessidade; e as medidas atípicas devem ser adotadas de maneira excepcional e subsidiária, apenas quando esgotados os meios ordinários previstos para o cumprimento da ordem sem êxito.

Baseado em tais critérios, o próprio Desembargador Marcos Ramos, nesse mesmo caso analisado, como relator do Agravo de Instrumento interposto paralelamente ao *habeas corpus* contra a decisão que havia imposto as medidas coercitivas, entendeu que, quanto à determinação de cancelar os cartões de crédito do devedor, a medida não extrapolaria a razoabilidade e a proporcionalidade, uma vez que a análise do caso concreto mostrou que o executado, além de impor inúmeros obstáculos ao regular andamento do processo e ostentar mais de uma centena de processos contra si sem realizar qualquer pagamento, continuava a residir em imóvel de alto luxo. Concluiu o magistrado que, diante de tais circunstâncias, se “denota a ocorrência de blindagem do seu

³¹⁵ Voto vencido da Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti.

patrimônio, de molde a ficar imune às tentativas de execução”. Assim, considerando que a restrição ao uso dos cartões de crédito não feriria a dignidade da pessoa humana, mas imporiria ao executado “incômodos ou dificuldades que porventura estimularão o pagamento do débito exequendo”, acabou por manter tal medida coercitiva³¹⁶.

Nesse recurso, contudo, acabou vencido o Desembargador Andrade Neto, que no *habeas corpus* havia acompanhado o relator para julgar inaplicáveis as medidas de suspensão da CNH e do passaporte. Com interpretação bastante restritiva quanto ao alcance do poder geral de efetivação previsto no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, “no sentido de que o juiz deverá tomar todas as medidas necessárias à invasão patrimonial do devedor de modo a providenciar o pagamento do débito (pesquisa e penhora de veículos, imóveis, dinheiro em espécie, aplicações financeiras, etc.) jamais autorizando a tomar medidas que não possuam como resultado prático a pesquisa e a restrição de bens pertencentes ao devedor”³¹⁷, o Desembargador entendeu que tampouco seria legal determinar o cancelamento de cartões de crédito do devedor.

Como se verifica, a divergência de entendimentos cinge-se à presença e ao atendimento dos pressupostos para a imposição das medidas a serem adotadas. Os pressupostos em si (razoabilidade, proporcionalidade, necessidade e adequação) são identificados e exigidos por todos os julgadores. A diferença de posição e conseqüentemente da decisão final adotada em cada caso manifesta-se pela compreensão de cada julgador quanto ao preenchimento ou não desses pressupostos.

E essa diversidade é reproduzida nos julgados das mais variadas cortes do país, fazendo com que a jurisprudência a respeito do tema ainda seja bastante oscilante, embora com maior inclinação para uma postura de mais contenção quanto às medidas que podem ser impostas.

³¹⁶ Agravo de Instrumento n. 2185700-59.2016.8.26.0000.

³¹⁷ Com todas as vênias, mas a interpretação proposta acaba fazendo tábula rasa do contido no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, retirando boa parte de sua amplitude, pois os exemplos dados pelo Desembargador em seu voto, ligados diretamente à invasão patrimonial e à restrição de bens, são meios executivos ordinários, típicos. Nenhum deles consubstancia medida coercitiva ou indutiva, mas meras providências executivas (quicá medidas mandamentais e sub-rogatórias). As medidas coercitivas e indutivas, que têm como essência forçar que o sujeito cumpra por si (voluntária, embora não espontaneamente) a determinação judicial, só ostentam tal natureza se impostas contra a pessoa do recalcitrante. Medidas outras que não passam pela pessoa do inadimplente, recaindo diretamente sobre seu patrimônio (penhora ou outras espécies constritivas de bens) ou mediatemente (pesquisas) são expropriatórias e sub-rogatórias, mas não coercitivas ou indutivas.

As Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vêm-se posicionando de forma majoritária pela inaplicabilidade de medidas como a suspensão da carteira nacional de habilitação, do passaporte e até mesmo do bloqueio de cartões de crédito de devedores, por entenderem que referidas medidas seriam desproporcionais e inadequadas para a satisfação de créditos³¹⁸, bem como consubstanciarium verdadeira sanção de natureza pessoal ao devedor³¹⁹, em violação à dignidade da pessoa humana³²⁰, mormente quando não caracterizado qualquer indício de ocultação de patrimônio³²¹.

De maneira mais pontual, podem ser encontradas algumas decisões pela aplicação dessas espécies de medidas.

Em um caso de uma execução que já durava mais de três anos, sem que tivessem sido encontrados bens passíveis de satisfazê-la, a 23ª Câmara de Direito Privado, em acórdão de relatoria do Desembargador Sérgio Shimura, entendeu que o bloqueio de cartões, por se tratar de medida coercitiva diretamente ligada ao crédito³²², portanto pertinente e compatível com uma obrigação de pagar, seria legítima. Segundo enaltecido no julgado:

(...) o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, CF) deve ser analisado tanto da ótica do credor, como do devedor.

Outrossim, a Constituição Federal também dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (art. 5º, XXXV, CF/88; art. 3º, CPC/2015).

Nessa perspectiva, se está havendo lesão ao direito do credor, marcadamente quando o devedor nem se digna a justificar a impossibilidade de cumprir a sua obrigação, é dever do juiz resguardar e aplicar o princípio da eficiência e efetividade do processo em prol do interesse do exequente (art. 8º c.c. art. 797, CPC/2015). E a efetividade da jurisdição se conjuga com o direito da parte de

³¹⁸ V. Agravo de Instrumento 2066156-43.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Simões de Vergueiro, 16ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/7/2017; Agravo de Instrumento 2103838-32.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Paulo Pastore Filho, 17ª Câmara de Direito Privado, julgado em 20/7/2017; Agravo de Instrumento 2113001-36.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, julgado em 6/7/2017.

³¹⁹ Agravo de Instrumento 2209970-50.2016.8.26.0000, Relator Juiz Neto Barbosa Ferreira, 29ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15/2/2017; Agravo de Instrumento 2055346-09.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Renato Rangel Desinano, 11ª Câmara de Direito Privado, julgado em 6/7/2017; Agravo de Instrumento 2065725-09.2017.8.26.0000, Relatora Desembargadora Daise Fajardo Nogueira Jacot, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 6/6/2017.

³²⁰ Agravo de Instrumento 2239521-75.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Bonilha Filho, 26ª Câmara de Direito Privado, julgado em 2/2/2017; Agravo de Instrumento 2107566-81.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Dimas Rubens Fonseca, 28ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/7/2017; Agravo de Instrumento 2069320-16.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Correia Lima, 20ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26/6/2017.

³²¹ Agravo de Instrumento 2249977-84.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 2/2/2017; Agravo de Instrumento 2087991-87.2017.8.26.0000, Relatora Desembargadora Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, 13ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/7/2017.

³²² O julgador no caso considerou, portanto, necessário para impor a medida coercitiva o aspecto da correlação, mencionado no capítulo anterior, no item 3.4.3.

obter “em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º, CPC/2015; art. 5º, LXXVIII, CF/88). É certo que a obrigação de pagar quantia certa deve ser cumprida com os bens do devedor (art. 789, CPC/2015; art. 391, Código Civil). No entanto, para forçar e estimular o devedor a pagar, é preciso que se adotem técnicas que atuem sobre sua vontade, para que cumpra a obrigação original ou principal.

(...)

No caso em discussão, a medida requerida (bloqueio de cartões de crédito) é plenamente compatível e pertinente com a obrigação de pagar quantia e têm o condão de persuadir o executado a saldar sua dívida.

Tal providência constitui mecanismo indutivo ao cumprimento da obrigação, uma vez que pode servir de estímulo ao devedor para que saia de sua cômoda situação de apatia e se digne a comparecer a juízo e cumprir a sua obrigação. A partir do momento em que a liberdade do devedor, de gastar com outras coisas - via cartão de crédito, se mostre limitada, tal restrição tende a fazer com que se lembre que tem dívida vencida a pagar!! Na medida em que o devedor paga as faturas do cartão de crédito, pode estar desviando recursos para saldar as dívidas pretéritas, vencidas e judicializadas, como ocorre no caso em apreço.

Não é justo nem jurídico impor ao credor o ônus de suportar o descaso do devedor, sendo dever do Poder Judiciário, até em obediência à garantia constitucional do acesso à Justiça, impor medidas indiretas, de natureza coercitiva, que instiguem ou estimulem o demandado a atender ao chamado judicial. Como dito, o princípio da dignidade da pessoa humana é de ser observado, tanto para o credor como para o devedor, compatibilizando-o com o princípio da proporcionalidade diante das peculiaridades do caso concreto. A pergunta que se pode formular é a seguinte: a medida “atípica”, ou indireta, requerida pelo credor provocará o devedor a se prontificar em pagar seu débito? Ou, a providência determinada pelo juiz chamará a atenção do devedor de que tem uma obrigação pendente de cumprimento?³²³.

O mesmo acórdão também apreciou pedido de suspensão de passaporte, optando nesse particular por primeiramente oficiar a Polícia Federal para que informasse as saídas do executado do território nacional desde o ano em que ajuizada a execução, para então analisar o cabimento e a eficácia da medida pleiteada.

Em outro precedente, um caso em que também haviam sido esgotadas as tentativas de localização de bens do devedor, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo definiu ser possível impor medidas como a suspensão de habilitação, de passaporte e de uso de cartões de crédito, por não considerá-las violadoras de direitos fundamentais, uma vez que não dizem respeito a valores substanciais da vida, nem restringem a sobrevivência média dos brasileiros em geral. No acórdão, de relatoria do magistrado Hamid Charaf Bdine Jr., a câmara julgadora, sob o argumento de que, assim como as medidas, o inadimplemento também pode implicar

³²³ Agravo de Instrumento nº 2057502-67.2017.8.26.0000. Ainda, quanto ao princípio da menor onerosidade ao devedor, o relator destaca que: “Não existe para proteger o devedor que procede com menosprezo à justiça, com total pouco caso às suas obrigações. Também não pode ser invocado como manto protetor àquele que se vale de manobras ardilosas, fraudulentas, escamoteando seus bens e, por vezes, levando um padrão de vida incompatível com as suas obrigações pecuniárias”, observando também que para que se reconheça ser a medida imposta mais gravosa, compete ao executado indicar quais seriam outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção daquela determinada (artigo 805, parágrafo único, Código de Processo Civil 2015).

consequências deletérias para o credor e que no caso concreto a dívida era resultante da apropriação de dinheiro proveniente de um carro, com o qual o credor supostamente faria um curso de engenharia, ao sopesar a proteção ao direito do devedor de dirigir, viajar e fazer compras com cartão, e o do credor de retomar o seu curso universitário, deu prevalência a este³²⁴.

Quanto à suspensão de passaporte, pode ser conferida ainda a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2051652-32.2017.8.26.0000, da 17ª Câmara de Direito Privado, de relatoria do Desembargador Souza Lopes. Ao adotar o entendimento do juízo de 1ª instância no sentido de que, “se o executado não tem meios para satisfazer o crédito do banco, chega a ser óbvio que, por mais forte razão, não terá como deixar o País. Afinal de contas, viagem internacional consome quantidade expressiva de dinheiro”, o órgão colegiado manteve a medida coercitiva³²⁵.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também é prevalente a inteligência de que medidas desse jaez devem ser adotadas de forma absolutamente excepcional, uma vez que o poder geral conferido pelo artigo 139, IV, do Código de Processo Civil deve ser interpretado de forma sistemática, observando os limites impostos pelo ordenamento. Assim, como regra³²⁶, as Turmas vêm entendendo que a

³²⁴ Agravo de Instrumento no 2045271-08.2017.8.26.0000, julgado em 6/4/2017. No julgado, assentou-se ainda que: “Assim, impostas as medidas restritivas, basta que a devedora demonstre como pagas as dívidas do cartão, por que razão viaja ao exterior ou mesmo de que carro se vale, para que as providências sejam modificadas. (...) Registre-se não haver explicação plausível para que a agravante possa pagar os cartões, viajar e até mesmo dirigir veículos sem pagar sua dívida. Na mais compreensível das justificativas, poder-se-ia admitir que o carro dirigido por ela é de propriedade de terceiros, mas se for essa a hipótese, basta que indique o proprietário. Dirigir, é certo, não é o único modo de locomoção à disposição da agravante, o que não a impede, pois, de exercer seu direito de ir e vir. As restrições aqui admitidas são aptas a estimular o pagamento, como é a razão preponderante da regra, porque a presunção é a de que a agravante pode custear cartões, uso de passaporte e gasolina. Em consequência, sem efetuar tais gastos, está em condições de ao menos parceladamente restituir o que deve ao agravado. A norma supracitada tem o escopo de autorizar ao magistrado a adoção de medidas coercitivas, a fim de que se inverta o ônus probatório, passando o dever de comprovar a incapacidade financeira ao executado. Em outras palavras, diante da execução em concreto, cabe à agravada trazer os fundamentos pelos quais pretende a liberação da restrição imposta”.

³²⁵ Outro interessante julgado sobre a medida de suspensão do passaporte é o Agravo de Instrumento n. 2031078-85.2017.8.26.0000, Relator Paulo Pastore Filho, 17ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21/7/2017. A despeito de o acórdão ter reformado a decisão de 1º grau que havia suspenso o passaporte do devedor por entender que não seria aceitável impor a vedação de viagens ao exterior por se mostrar a medida desnecessária e talvez inútil para assegurar a garantia da execução, o colegiado deixou sinalizado que é “claro que, se descoberto patrimônio no exterior, a decisão pode ser modificada para garantia de que este não sofrerá dilapidação ou manobra de subtração da garantia aos credores”.

³²⁶ No acórdão n. 1013312, 07018095620168070000, de lavra do Desembargador Alfeu Machado, a 1ª Turma Cível deixa bem registrada tal posição ao asseverar que: “(...) essas medidas também se revelam desproporcionais e desarrazoadas, considerando, notadamente, não haver prova alguma de que os recorrentes teriam condição financeira plena de arcar com a quitação da execução. De fato, não consta do instrumento recursal prova de que os recorrentes, a despeito do inadimplemento, teriam o hábito de realizar viagens internacionais, ou que possuiriam veículos automotores valiosos, que seriam suficientes para a satisfação da

suspensão da habilitação para dirigir ou do passaporte, sem guardar vinculação (correlação - v. capítulo anterior, item 3.4.3) com o objeto da decisão judicial descumprida, não seriam legais.

Ao analisar um caso de inadimplemento de obrigação de pagamento de honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, a 3ª Turma Cível do Tribunal entendeu que a suspensão do direito de dirigir seria medida desconexa e excessiva que interfere na liberdade do indivíduo e só poderia ser limitada diante de norma expressa que disciplinasse a matéria, prevenindo que “o exercício de amplos poderes pelo Magistrado, sem justificativas deontológicas específicas, pode ensejar medidas inadequadas” e ressaltando que, “na aplicação do art. 139, inc. IV, do CPC, o julgador deve proceder como um legislador cuidadoso e consciencioso, procurando sempre observar, na aplicação das regras processuais, os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência”³²⁷.

Em cenário diverso, a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu ser possível suspender a carteira nacional de habilitação de um devedor quando todas as medidas executivas típicas já haviam sido adotadas, uma vez que se constatou que o executado, um ex-senador da República e grande empresário no ramo de transportes, possuía alto padrão de vida, incompatível com a alegada ausência de patrimônio, e que a medida não ofenderia o direito constitucional de ir e vir, já que a locomoção do devedor poderia se dar livremente por outros meios³²⁸.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em decisão que repercutiu no meio jurídico³²⁹, acolheu o pedido para impor medidas de suspensão de passaporte e carteira de habilitação de um devedor. O caso envolvia uma ação cujo objeto era a

obrigação e que estariam sendo ocultados. (...) Assim, por não guardar vinculação com a obrigação exequenda, por representarem medidas restritivas de direitos graves, além de não possuírem o condão de resultar na satisfação da execução originária, já que não há prova de que conduziria ao pagamento do débito pelos devedores, as medidas postuladas pela recorrente se mostram inadmissíveis, por representar verdadeiras penas restritivas de direito desprovidas de respectiva cominação legal” (Data de Julgamento: 27/4/2017, Publicado no DJE: 8/5/2017). No acórdão n. 1012199, 07006894120178070000, o relator Desembargador Robson Barbosa de Azevedo também adverte que: “Previsões genéricas do novo CPC, tais como a do art. 139, IV, só podem ser adotadas em casos excepcionais, a depender da natureza do crédito cobrado e da eficácia da medida para efetivamente induzir o pagamento” (5ª Turma Cível, julgado em 20/4/2017, publicado no DJE: 4/5/2017). No mesmo sentido, ainda: Acórdão n.1003693, 20160020452669AGI, Relator Desembargador José Divino, 6ª Turma Cível, julgado em 15/3/2017, publicado no DJE: 21/3/2017.

³²⁷ Acórdão n. 985145, 20160020403562AGI, Relator Desembargador Alvaro Ciarlini, 3ª Turma Cível, julgado em 23/11/2016, Publicado no DJE: 6/12/2016.

³²⁸ Acórdão n. 1016516, 20160020486102HBC, Relator Desembargador Josapha Francisco dos Santos, 5ª Turma Cível, julgado em 19/4/2017, Publicado no DJE: 17/5/2017.

³²⁹ “Tribunais começam a suspender passaporte de devedor”, disponível em <https://jota.info/justica/tribunais-comecam-a-suspender-passaporte-de-devedor-24042017>, acesso em 5/8/2017.

cobrança de valores devidos pelo executado por compra e venda de gado, na qual já haviam sido firmados e homologados em juízo dois acordos para o pagamento da dívida sem o devido cumprimento, execução que já se arrastava há quatro anos sem qualquer localização de bens do devedor passíveis de penhora, o qual ostentava indícios de padrão de vida elevado que não coadunava com eventual situação de penúria financeira. Nesse cenário, a 14ª Câmara Cível houve por bem impor tais medidas coercitivas³³⁰.

Vale destacar alguns trechos do acórdão, de relatoria da Desembargadora Themis de Almeida Furquim Cortes, cujo voto toca em diversas das questões abordadas no presente trabalho, como a sensação de ineficácia do processo como meio de resolver conflitos e a necessidade de incrementar os poderes do juiz para garantir tal eficácia, bem como a credibilidade do próprio Poder Judiciário (escopos sociais – pacificação e educação – e político):

Primeiramente, cumpre consignar que a pecha do Brasil de paraíso da impunidade (considerado em lato sensu), enraizada na mundialmente famosa expressão "jeitinho brasileiro" (considerado como a utilização de subterfúgios para alcançar vantagem indevida ou a não submissão à ordem legal), há muito faz parte do senso comum da população brasileira, fortalecida principalmente pela leniência de nossa legislação, pelo descrédito do povo em relação às instituições e aos poderes públicos, pela inversão de valores éticos e morais e pela necessidade popular de desrespeito às regras sociais para a obtenção de pequenas vantagens indevidas.

Atualmente, conforme se observa em ampla exposição midiática, movimentos populares, etc., vê-se que a população vem quase que de forma uníssona buscando uma mudança na corrupção em maior escala e percebendo também a gravidade dos atos antiéticos e imorais que permeiam boa parte das relações contratuais e sociais mantidas no dia-a-dia.

No entanto, ao mesmo passo em que queremos e também cobramos uma mudança fática imediata no modo de pensar e agir da parte transviada da população, com a respectiva correção daqueles que se opõem aos bons costumes e às regras legais e necessárias ao convívio social, praticamos, incentivamos ou toleramos as pequenas corrupções do cotidiano, procurando, quase sempre, criticar, buscar brechas e criar óbices à aplicação dos mecanismos existentes ou criados pela legislação em vigor para impor aos transgressores de regras legais ou sociais o seu devido cumprimento.

Na verdade, vê-se que parte da população prefere o discurso e as críticas sociais sobre a necessidade de mudança à própria mudança. Critica-se a taxa de mortalidade no trânsito, mas também os mecanismos legalmente impostos para sua redução (vg. obrigação ou não de fazer o bafômetro, ilegalidade ou não de radares móveis); a ausência de efetividade das decisões do Poder Judiciário, mas também os poderes concedidos aos magistrados para o pleno exercício da prestação jurisdicional; a corrupção dos outros, mas também a sua eventual punição; e etc.

A inadimplência voluntária do devedor que, com inúmeros artifícios ilícitos no intuito claro de furta-se à aplicação da lei frustra a expectativa legítima do credor em ver cumprida a prestação por aquele assumida, é certamente um dos

³³⁰ Agravo de Instrumento n. 1616016-8, julgado em 22/2/2017. Quanto à medida de cancelamento de cartões de crédito do executado, o colegiado entendeu que seria incabível, por considerar que atentaria contra a liberdade contratual da instituição financeira, não podendo o Poder Judiciário imiscuir-se em tais relações.

maiores problemas do sistema obrigacional do mundo moderno, cabendo ao Poder Judiciário - porta última dos angustiados que anseiam por justiça - adotar as providências cabíveis para solução da questão que lhe for submetida, desde que, por óbvio, em respeito às regras legais e constitucionais insculpidas na Constituição da República.

É que, no caso, a frustração do direito do credor com a blindagem patrimonial do devedor voluntário causa um efeito cascata de sensação de impunidade, de descrédito nas instituições públicas, aumentando a sua ocorrência e a insatisfação daquele que se vê "de mãos atadas".

(...)

A ampliação dos poderes do Juiz pelo art. 139, inc. IV, do Código de Processo Civil/15, porém, trouxe divergência à opinião sobre se existem e quais seriam os limites dessa nova norma processual. Embora não haja posicionamento minimamente firmado sobre quais seriam os limites, por se tratar de novidade no cenário das ações de execução, incontestemente que nenhum direito ou poder é ilimitado, devendo a medida eleita observar, por evidência, os direitos e garantias assegurados na Carta da República.

Assim sendo, ainda que há muito não haja mais espaço no mundo jurídico para um retrocesso civilizatório que admita afronta à dignidade humana para satisfação dos interesses patrimoniais do credor (desde a Lex Poetelia Papiria, de 326 a.C., conforme ensina o direito romano), não se pode retirar do Judiciário o poder de adotar as medidas excepcionais necessárias para forçar o devedor - que, por livre escolha, se mantém nesta condição - a cumprir os compromissos financeiros assumidos com o seu credor, medidas estas denominadas de "atípicas" pelo Novo Código de Processo Civil, justamente para dar efetividade às ordens judiciais.

Anote-se, aqui, que não se tratam de mecanismos destinados aos devedores que não têm mais condições para honrar qualquer compromisso financeiro ou os que passam por dificuldades financeiras momentâneas e podem atrasar alguns pagamentos, mas, sim, àqueles chamados "devedores profissionais", que conseguem blindar seu patrimônio contra os credores com o objetivo de não serem obrigados a pagar os débitos (ALMEIDA, MARÍLIA. Justiça decide tomar de devedor passaporte, CNH e cartões. Seu dinheiro. Revista Exame. São Paulo: Editora Abril, 08.2016).

Entendimento em sentido contrário, além de fazer tábula rasa da intentio legis do legislador expressa no art. 139, inc. IV, do Código de Processo Civil de 2015, manteria a situação do inadimplente voluntário de má-fé exatamente no seu status quo ante, ou seja, como já comumente verificado sob a égide do Diploma anterior - fora do alcance do Estado.

(...)

Justamente para coibir tal prática é que o legislador registrou na exposição de motivos do novo CPC, a seguinte ponderação: "Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito". E, adiante, desabafou: "Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. Não há fórmulas mágicas" (<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>).

Diante da fundamentação exposta, considerando que a interpretação da lei deve dar a ela o seu verdadeiro sentido e alcance, bem assim para cumprir com a função jurisdicional de pacificação dos conflitos sociais e para reforçar a credibilidade do Poder Judiciário na sociedade, ainda, que realiza-se a execução no interesse do exequente (art. 797, CPC/15), impõe-se o parcial acolhimento do presente agravo de instrumento para o fim de determinar a suspensão do direito de dirigir e de eventual passaporte do executado (...).

Contudo, mesmo sendo a adoção dessas medidas excepcional, apenas quando evidenciado o ocultamento de patrimônio pelo devedor³³¹, também no Tribunal paranaense a admissão delas não é entendimento pacífico ou predominante. Outros julgados encontrados sobre o tema, inclusive do próprio órgão julgador do caso supracitado, dão conta da posição mais restritiva quanto à imposição de medidas como essas, por entenderem que, além de não possuírem o condão de induzir o cumprimento da obrigação, atentam contra a pessoa do devedor e não contra o seu patrimônio³³².

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ainda são poucos os precedentes sobre o tema. Em um caso, a Corte mineira admitiu o sequestro de verbas públicas como meio de coerção para impor o cumprimento de ordem judicial relativa a fornecimento de medicamentos³³³, e em outro inadmitiu a suspensão de habilitação, passaporte e cartões de crédito por entender que tais medidas constritivas seriam desarrazoadas, pois restringem direitos fundamentais do devedor, como a liberdade de locomoção³³⁴.

A jurisprudência acerca do assunto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também é vacilante. Há decisões quanto à aplicação desses tipos de medidas, tal como nos tribunais anteriormente citados, a depender do caso, em sentidos diversos.

Assim como já observado no conjunto de decisões analisadas, também no Tribunal gaúcho é assente a opinião de que essas medidas devem ser excepcionais e extremas³³⁵ e adotadas com o fim de assegurar o cumprimento da ordem judicial, e não com o fito de punir a parte que não cumpriu a obrigação³³⁶, haja vista que

³³¹ V. Agravo de Instrumento n. 1670409-7, Relator Desembargador Athos Pereira Jorge Junior, 13ª Câmara Cível, julgado em 19/7/2017.

³³² V. Agravo de Instrumento n. 1595657-7, Relatora Desembargadora Ângela Khury, 10ª Câmara Cível, julgado em 30/3/2017; Agravo de Instrumento n. 1675823-7, Relator Desembargador Rabello Filho, 14ª Câmara Cível, julgado em 26/7/2017.

³³³ Agravo de Instrumento n. 1.0016.15.001100-1/003, Relatora Desembargadora Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, julgado em 14/2/0017.

³³⁴ Agravo de Instrumento n. 1.0024.95.055972-4/002, Relator Desembargador Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, julgado em 17/5/0017.

³³⁵ Agravo de Instrumento n. 70073368763, Relator Desembargador Heleno Tregnago Saraiva, 18ª Câmara Cível, julgado em 29/6/2017; Agravo de Instrumento n. 70073521692, Relatora Desembargadora Ana Beatriz Iser, 15ª Câmara Cível, julgado em 7/6/2017.

³³⁶ Agravo de Instrumento n. 70072188469, Relatora Desembargadora Katia Elenise Oliveira da Silva, 11ª Câmara Cível, julgado em 17/5/2017.

“punir, puramente, o devedor, é algo sem propósito, ademais de inócuo, e o processo não existe nem visa a tal desiderato”³³⁷.

Com base nesse critério, ao apreciar um pedido de suspensão de *website* de uma empresa para compeli-la ao pagamento de um débito de honorários advocatícios, a 15ª Câmara Cível do Tribunal considerou que, além de a medida não se mostrar razoável, também não se mostrava hábil a ensejar o cumprimento da obrigação³³⁸.

Contudo, em que pese a prevalência, no referido Tribunal, de decisões no sentido de indeferir medidas como a suspensão de carteira de habilitação e passaporte, pelo caráter pessoal da medida e pela restrição por ela imposta, também há posição que entendeu viável a suspensão de passaporte, sob o mesmo argumento já visto de que se o devedor não quita o débito objeto da execução, “por não possuir meios para tanto, não se mostra razoável que o mesmo possua passaporte e possa, por consequência, viajar ao exterior. Sabido que uma viagem ao exterior tem custos enormes, ainda mais se o devedor se faz acompanhar de sua família”³³⁹.

Em situação envolvendo ação de alimentos, ao analisar o cabimento da suspensão de habilitação para dirigir veículo, a 8ª Câmara Cível, sopesando os direitos envolvidos, uma vez que todas as providências já haviam sido adotadas sem êxito para a cobrança dos alimentos e de que havia indícios de que o executado teria condições de contribuir, mas optava por deixar a prole passar necessidades, posicionou-se pela legalidade da medida, por considerá-la hábil a assegurar efetividade à decisão e tendo em vista que na seara alimentar admite-se a adoção de medidas até mais drásticas, como, por exemplo, a prisão civil³⁴⁰.

Por outro lado, em circunstância diversa, em que a prisão civil do devedor de alimentos ainda não havia sido imposta, a mesma 8ª Câmara Cível decidiu por indeferir a suspensão de habilitação do executado, sob o fundamento da excepcionalidade e subsidiariedade das medidas atípicas, que devem ser aplicadas apenas quando esgotados os

³³⁷ Agravo de Instrumento n. 70072212616, Relator Desembargador Roberto Sbravati, 14ª Câmara Cível, julgado em 30/3/2017.

³³⁸ Agravo de Instrumento n. 70072639123, Relatora Desembargadora Ana Beatriz Iser, julgado em 12/4/2017.

³³⁹ Agravo de Instrumento n. 70072360993, Relator Desembargador Pedro Luiz Pozza, 12ª Câmara Cível, julgado em 16/3/2017. Na mesma decisão, entendeu-se que suspender a carteira de habilitação do devedor “implicaria ferir de morte sua dignidade e até mesmo de sua família”, bem como que não seria cabível vedar o uso de cartões de crédito.

³⁴⁰ *Habeas Corpus* n. 70072211642, Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, 8ª Câmara Cível, julgado em 23/3/2017.

meios típicos previstos, e, no caso, a prisão civil do devedor ainda não havia sido efetivada³⁴¹.

Como se depreende, não obstante a existência de posicionamentos frontalmente contrários a determinadas espécies de medidas, por considerá-las afrontosas às garantias constitucionais e à dignidade da pessoa humana, a aceitação ou não de certas medidas, como a suspensão de carteira de habilitação, passaporte e cartões de crédito, tem sido casuística, como entendemos deva ser, não se rejeitando aprioristicamente a possibilidade de sua imposição, cuja viabilidade deve ser analisada, sopesada e ponderada à luz do caso concreto e com observância dos parâmetros sugeridos³⁴².

³⁴¹ Agravo de Instrumento n. 70073283848, Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, 8ª Câmara Cível, julgado em 22/6/2017.

³⁴² Como destaca Luiz Guilherme MARINONI, as cláusulas gerais executivas “não só apresentam uma moldura ampla, dentro da qual o juiz pode trabalhar, como anunciam que esse trabalho deve ser realizado segundo as circunstâncias do caso concreto, quando então poderá ser estabelecida a medida executiva necessária. (...) a interpretação da cláusula geral executiva ou a definição do meio executivo adequado deve ser feita em conformidade com os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à defesa, os quais devem ser visualizados a partir da premissa de que a prestação jurisdicional se destina a fazer valer a tutela prometida pelo direito material” (*Controle do poder executivo do juiz*, p. 60-61).

CONCLUSÃO

Ao longo das últimas décadas, a legislação processual passou por diversas reformas, em sua grande maioria preocupadas em conferir maior efetividade ao processo como instrumento para dar concretude ao direito material, sendo um traço característico delas o incremento dos poderes do juiz.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tal tendência ganhou grande dimensão com a previsão contida no artigo 139, IV, que, ao estabelecer uma verdadeira cláusula geral, passou a proporcionar ao magistrado poder para efetivar suas decisões, ampliando sobremaneira o arcabouço de meios disponíveis para assegurar o cumprimento de seus comandos, consagrando em definitivo a atipicidade das medidas executivas, inclusive para ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Assim, passou o juiz a ser dotado de poder geral para adotar quaisquer medidas, não previamente tipificadas em lei, para garantir a efetividade de suas decisões.

No entanto, muito se tem discutido a respeito do limite ao exercício de tal poder, sendo imprescindível fixar critérios e parâmetros para delinear-lo.

Procuramos no presente estudo abordar alguns pontos que tangenciam o tema principal, como a instrumentalidade do processo. Para tanto, foi feita uma breve digressão acerca da evolução da ciência processual até chegar a sua fase instrumentalista, com destaque para a visão publicista do processo e a questão da posição do juiz na relação jurídica processual e a importância de uma postura e atuação ativa do magistrado, a fim de garantir que o processo atinja seus escopos e possa dele extrair os melhores resultados, sendo necessário que a ele sejam conferidos poderes para tanto.

A entrega de uma tutela tempestiva, qualitativa e efetiva depende da outorga (e obviamente do bom uso) ao magistrado de poderes de direção, instrução e efetivação.

No decorrer do trabalho, já foram levantadas premissas, adotadas posições, feitas afirmações e expostas conclusões, que a seguir são sintetizadas:

1. O ordenamento jurídico, conforme a teoria dualista, divide-se em dois planos distintos, o do direito material e o do direito processual. Não sendo o primeiro

suficiente para encerrar o ciclo de produção do direito, é por meio do segundo que se dá a atuação da vontade concreta do direito substancial.

2. A jurisdição é a atividade heterônoma de resolução de conflitos, pela qual o Estado-juiz, um terceiro independente e imparcial, aplica o direito material a determinada crise jurídica.

3. O processo é o meio, ou instrumento, pelo qual se materializa a jurisdição. É um sistema de realização da atividade jurisdicional.

4. A instrumentalidade é um terceiro marco na evolução do direito processual, que surgiu como forma de corrigir distorções decorrentes das fases que lhe antecederam, as quais, preocupadas em conferir autonomia ao direito processual como ciência, acabaram por cultivar o processo como um fim em si mesmo. Segundo uma concepção publicística do processo, a instrumentalidade resgata a preocupação com os objetivos a que ele visa, passando a encará-lo como meio para atingir determinadas finalidades.

5. Além do escopo jurídico, que é a atuação da vontade concreta do direito, a visão instrumentalista enxerga no processo, de um prisma externo e metajurídico, outros escopos de natureza social, política e cultural. Entre os escopos sociais está a função fundamental do processo, que é a pacificação. Além desse, o processo ainda se destina a educar os cidadãos para a defesa de direitos próprios e o respeito a direitos alheios (educação) e a solidificar e fortalecer as instituições políticas, além de permitir a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado (escopo político).

6. A efetividade das decisões é um ponto fundamental para a instrumentalidade, e exerce o juiz, por meio de uma postura ativa, papel essencial para garanti-la.

7. A instrumentalidade não sacrifica as garantias das partes, ao contrário, pois nenhum adepto do instrumentalismo considera possível a efetividade em processo sem respeito ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, o garantismo processual, tal como propugnado pela corrente revisionista, que se assenta em uma concepção privatista do processo, em que o juiz é encarado como mero espectador ou árbitro de um jogo, não é compatível com a visão instrumentalista.

8. Os poderes conferidos ao juiz não significam vantagens ou privilégios, sendo-lhe outorgados para assegurar o cumprimento de deveres igualmente impostos, relacionados ao exercício da jurisdição. Dessa forma, são corolário da natureza pública da relação jurídica processual e do consequente interesse público do Estado-juiz, em que o processo desempenhe corretamente suas funções e atinja seus escopos. Daí porque muitos se referem a eles como poderes-deveres.

9. É por meio do exercício de poderes de direção que o juiz garante uma tutela tempestiva; pelo exercício de poderes instrutórios que o juiz assegura uma tutela qualitativa; e mediante o exercício de poderes executórios ou de efetivação que o juiz entrega uma tutela efetiva.

10. A postura ativa do juiz não afronta o princípio dispositivo, que vem recebendo por parte dos legisladores, e com o apoio da maioria dos doutrinadores, atenuações visando a acentuar o caráter publicístico do processo, nem a imparcialidade, que é respeitada quando o juiz julga sem buscar atender a interesses próprios ou favorecer qualquer das partes e não fere de outra forma o contraditório e a igualdade entre elas.

11. Como característica das últimas reformas legislativas, o Código de Processo Civil de 2015 incrementou os poderes do juiz, conferindo-lhe poder geral para efetivar suas decisões. Por meio de uma cláusula geral prevista no artigo 139, IV, que incumbe ao juiz determinar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, o atual código consagrou em definitivo a atipicidade das medidas executivas, inclusive para ações cujo objeto seja prestação pecuniária, permitindo ao magistrado escolher e impor medidas não previamente tipificadas em lei.

12. As medidas sub-rogatórias são aquelas pelas quais o Estado-juiz atua em substituição ao obrigado, independentes de sua participação, vontade ou colaboração.

13. Medidas mandamentais são aquelas que trazem em si um comando, uma ordem imperativa, com a exigência de serem cumpridas pelo obrigado, sob pena de desobediência. Diante dessa característica, sua utilização deve restringir-se a hipóteses em que o direito material contenha um comando que exija cumprimento

específico e não para assegurar o cumprimento de prestações pecuniárias, pois nesse caso estar-se-ia utilizando, ainda que de forma indireta, a prisão por dívidas.

14. Medidas coercitivas são aquelas pelas quais se exerce pressão psicológica no destinatário da ordem judicial, para que ele a cumpra por si mesmo, de forma voluntária, embora não espontânea.

15. Medidas indutivas são aquelas que servem de incentivo ou estímulo para que o obrigado cumpra a determinação judicial.

16. No exercício do poder geral de efetivação, o juiz não exerce poder discricionário. Na realidade, ainda que a lei permita ao magistrado escolher quaisquer medidas necessárias para assegurar o cumprimento de suas determinações, a opção deve se dar apenas pela medida que se mostrar a melhor providência. Portanto, o juiz jamais fará a escolha segundo critérios de conveniência e oportunidade, pois cabe a ele justificar sua escolha e demonstrar seu acerto pela motivação exposta na decisão.

17. Para a imposição de medidas no exercício do poder geral de efetivação, como regra, o magistrado deve sempre observar o contraditório prévio, dando-se dessa forma, à parte contra a qual se voltará a medida, ciência e oportunidade de demonstrar sua desnecessidade ou seu descabimento. Excepcionalmente o contraditório pode vir a ser diferido, aplicando-se analogicamente a previsão contida no artigo 9º, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

18. A imposição de medidas atípicas deve-se dar de forma excepcional e subsidiária, apenas depois de esgotados os meios especificamente tipificados e constatada a ineficácia destes.

19. Ao adotar determinadas espécies de medidas, mais precisamente as de natureza coercitiva, o juiz deve observar a proporcionalidade e a razoabilidade, muito embora a tarefa seja difícil, considerando que tais medidas devem essencialmente conter ameaça grave o bastante para servir de pressão psicológica àquele que descumpra a decisão judicial. Além disso, a medida deve-se mostrar adequada e necessária.

20. Medidas coercitivas ou de execução indireta possuem natureza instrumental, pois visam a atingir determinado resultado. Portanto, não constituem sanção e não devem ser utilizadas como forma de punição.

21. A jurisprudência colhida até o momento sobre a imposição de medidas coercitivas, tais como a suspensão de carteira nacional de habilitação, de passaporte e de cartões de crédito, é oscilante. Embora haja certa inclinação por rejeitar esses tipos de medidas, à exceção de alguns posicionamentos frontalmente contrários a elas, por considerá-las afrontosas a garantias constitucionais e à dignidade da pessoa humana, como não poderia deixar de ser, a aceitação e a aplicação delas têm sido casuísticas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com a observância dos diversos parâmetros propostos no presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA.

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, São Paulo, 2002, pp. 23-50.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreras de. *Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v.38. n.152. p.89-101. out./dez. 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo e BARROS, Mariana Carneiro de. *Os poderes do juiz e seus limites – Uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. Coleção Atlas de Processo Civil.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva – Três questões ainda polêmicas*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria*. In. _____ (coord.). “*Proceso Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

_____. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española: los poderes del juez y la oralidad*. Revista de Derecho Procesal. Madrid. n.1-3. p.555-635. 2001.

ASSAD, Sandra Mara Flügel e FERREIRA, Gilberto. *Os poderes do juiz no processo civil moderno*. RePro, São Paulo, n. 86, 1997.

ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, André Gomma de. *Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. Técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos*. In: GONÇALVES JR., Jerson Carneiro et. al. (Coord.). *Concurso da Magistratura: Noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo, Saraiva, 2011.

BALEOTTI, Francisco Emilio. *Extensão dos poderes do juiz na execução*. Revista de Processo. São Paulo. v.36. n.199. p.123-36. set. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

_____. *O processo, as partes e a sociedade*. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29 e ss.

_____. *Reformas processuais e poderes do juiz*. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-68.

_____. *A efetividade do processo de conhecimento*. RePro, São Paulo, n. 74, 1994.

_____. *A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil*. RePro, São Paulo, n. 97, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Os recursos – viés autoritário da jurisdição*, in: *Processo e ideologia – o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 239-263.

BARROS, Mariana Carneiro de; e ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Os poderes do juiz e seus limites – Uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998), pp. 65-78.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em:

http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf.

Acesso em 20.11.2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discricionariedade Judicial*. Revista Forense n. 354. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instrumentalismo e garantismo: Visões opostas do fenômeno processual?* In: _____ et al. (Coord.). *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIDART, Adolfo Gleisi. *Tendências sobre coerción para el cumplimiento de sentencias y ordenes en los juicios no monetarios – Un planteamiento del problema en un país no desarrollado (Uruguai)*, .COMPLETAR

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____ e YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia*. In. ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 564-571.

BOTELHO, Guilherme. *Os poderes processuais do juiz em perspectiva comparada*. Revista de Processo. São Paulo. v.40. n.243. p.483-504. maio. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo código*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, v. 1.

_____. *O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?* In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Saggi di diritto processuale civile*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CIPRIANI, Franco. *El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*. In. AROCA, Juan Montero (coord.). “Processo Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do Judiciário*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.83. n.700. p.35-9. fev. 1994.

DELGADO, José Augusto. *Poderes, deveres e responsabilidade do Juiz*. Revista de Processo. São Paulo. v.11. n.42. p.37-57. abr./jun. 1986.

_____. *Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*, in. Revista de processo n. 171. São Paulo, 2009.

_____. *Editorial 81*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-81/>. Acesso em: 12.07.2016.

_____. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clusulas-gerais-processuais/>. Acesso em: 12.07.2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, 2 e 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Nova era do processo civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A Reforma da Reforma*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- DONIZETE, Elpídio. *Curso didático de processo civil*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do processo social e as intervenções intuitivas no processo do trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.78. n.5. p.530-41. maio. 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAZ, Leslie. *A demora do Judiciário e o custo Brasil*. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>, acesso em 16/11/2017.
- FERREIRA, Gilberto; ASSAD, Sandra Mara F. *Os poderes do Juiz no processo civil moderno*. Revista de Processo. São Paulo. v.22. n.86. p.285-94. abr./jun. 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>.
- _____; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”*. Revista de Processo. São Paulo. v.39. n.235. p.85-117. set. 2014.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Existe discricionariade judicial? Discricionariade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Sérgio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense 347/3-10.

_____. *Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. In. _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 115-124.

JUNOY, Joan Picó I. “*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*”. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdeneta, vol. VI, nº 1, 2012.

KMIEC, Kennan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>. Acesso em 20.11.2017.

KOZICKI, Katya. *O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ano 39, n. 126 (jun. 2012).

LAZZARINI, Álvaro. *Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. v.21. n.109. p.13-22. nov./dez. 1987.

LEMONS, Jonathan Iovane de. *Das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios*. Revista de Processo. São Paulo. v.36. n.200. p.125-57. out. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In: Problemi Del processo civile. Milano: Morano, 1962. p. 3-17.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Método, 2005. v. 1.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Silvia Figueiredo. *Considerações a respeito da existência ou não da chamada discricionariedade judicial*. BDA: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo. v.11. n.9. p.533-41. set. 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Forense, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória*. In. _____ et. al. (Coord.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 332-342.

_____. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo vol. 247, ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTELEONE, Girolamo. *Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de um “revisionista”*. In. AROCA, Juan Montero (coord.). “Processo Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

_____. *El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil*. In. AROCA, Juan Montero (coord.). “Processo Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NAGAO, Paulo Issamu. *O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

NALINI, José Renato. *Ousadia da planície: pautar o CNJ*. In LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (orgs.). O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário. Homenagem aos 10 anos do CNJ. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NEGRÃO COSTA, Roberta Pereira. *Proporcionalidade: uma clarificação do conceito*. Revista Virtual da AGU, Ano IX, n. 95, dez. 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/noticia/n-95-dez-2009>. Acesso em: 5/7/16.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 107-150, mar. 2017.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da AJURIS. Porto Alegre. v.30. n.90. p.55-84. jun. 2003.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Novas perspectivas da execução civil – cumprimento de sentença*. In. SHIMURA, Sérgio e Neves, Daniel Amorim Assumpção (coords.). *Execução no processo civil: novidades & tendências* São Paulo: Método, 2005.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisdição e poder*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. *Do ativismo à onipotência: o Estado de Coisas Inconstitucional e a hipertrofia do Poder Judiciário*. In. CONTI, José Mauricio (Coord.). *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas*. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2018 (No prelo).

_____. *O funcionamento do Judiciário no Reino Unido*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51162/o-funcionamento-do-judiciario-no-reino-unido>. Acesso em 20/11/2017.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no Projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v.48. n.190 t.1. p.89-102. abr./jun. 2011.

RIGHI, Ivan Ordine. *Os poderes do juiz*. Jurisprudência Brasileira: cível e comercio. Curitiba. n.169. p.41-50. 1993.

_____. *Os poderes do juiz*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.105. n.406. p.203-15. nov./dez. 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em 2/9/2017.

SANCHES, Sidney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SARTORI, André Krausburg. *Possibilidade (ou não) de redução do montante das astreintes após a sua consolidação, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Andr%C3%A9%20Krausburg%20Sartori%20_VERS%C3%83O%20FINAL_.pdf. Acesso em 20/11/2017.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ e NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 20/11/2017.

TALAMINI, Eduardo. *Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso Whatsapp*. In: Cabral, Antonio do Passo, PACELLI, Eugênio e SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). *Repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Prisão civil e penal e execução indireta*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TARUFFO, Michele. *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*. Pádova: Cedam, 1979.

_____. *Cultura y Proceso*. In. Páginas sobre justicia civil. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante. n.29. p.249-71. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 41ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em 02/09/2017.

_____. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VERDE, Giovanni. *Las ideologías del proceso em um reciente ensayo*. In. AROCA, Juan Montero (coord.). “Proceso Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e _____ (coord.). “Participação e Processo”. Ed. RT, 1991.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças?*, Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-tutela-provisoria-cautelar--e-antecipada-no-novo-cpc--grandes-mudancas-iii/15753>. Acesso em: 13/07/2016.

_____ e BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia*. In. ARMELIN, Donaldo (coord.). Tutelas de urgência e cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 564-571.

ZANETI JR., Hermes. *Democracia e judiciário na re(politização) do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia*. In. MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.