

Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?



Recentemente foi divulgada [notícia](#) em que respeitáveis processualistas

interpretavam o artigo 139, IV, do CPC-2015, dispositivo que trata da cláusula geral de efetivação ou de atipicidade de medidas executivas, que permite ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, e *sugeriram a possibilidade de que, esgotados outros meios, fossem determinadas “sanções executivas” hábeis à efetivação de obrigações mediante suspensão da autorização de dirigir do devedor, proibição de viajar, retenção de passaporte, proibição de participar em concursos públicos e licitações a ser provocada pela criatividade de advogados.*

Todos sabem que este dispositivo aumenta o espectro de aplicação do §5º do artigo 461, do CPC/1973 (atual artigo 536, §1º) permitindo uma cláusula geral de efetivação para todas as obrigações, inclusive as pecuniárias de pagar quantia, mas que obviamente precisará se limitar às possibilidades de implementação de direitos (cumprimento) *que não sejam discricionárias* (ou verdadeiramente autoritárias) e que não ultrapassem os limites constitucionais, por objetivos meramente pragmáticos, de restrição de direitos individuais em detrimento do devido processo constitucional. Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague. Ou, como no Mercador de Veneza, de Shakespeare, retirar do devedor uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria Shylock.

Sabemos que é muito comum o emprego de *astreintes* (medida coercitiva patrimonial) para o cumprimento obrigacional, mas se sabe que a simples imposição de multas, com recorrência, é medida absolutamente ineficiente. Em face do novo CPC, parece-nos evidente que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades.

Ocorre que a nova cláusula legal impõe novos desafios interpretativos que podem conduzir a uma



análise *superficial e utilitarista* de busca de resultados que desprezem a necessária leitura constitucional. Ademais, põe em debate a base teórica por nós há muito discutida sobre a liberdade de julgar e da busca de *accountability*. Temos a convicção que não há essa liberdade. Para nós (com Dworkin), fazer Teoria do Direito é levar isso tudo a sério, engajando-nos ativamente nesse empreendimento coletivo de dar sentido às práticas jurídicas, de rearticulá-las de modo íntegro e coerente, sob a melhor luz. As decisões públicas precisam prestar contas em relação aos princípios fundamentais da comunidade em que vivemos.

Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução). Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a coerência e a integridade do artigo 926 – de que o CPC jamais daria “carta branca” para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida. E nem poderia dar!

Os diferentes processos têm suas particularidades. Embora remetam a um paradigma constitucional comum, não podemos confundir os âmbitos penal e civil. E, para agravar, essa confusão está ameaçando chegar até na dimensão eminentemente patrimonial do direito civil ([...]“inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, diz a parte final do artigo 139, IV)!

A propósito, sobre algumas das medidas de restrição de direitos que têm sido perigosamente cogitadas, vale lembrar aqui do dramático *HC 45.232, julgado em 21/2/1968, rel. min. Themístocles Cavalcanti*, quando o Supremo Tribunal Federal teve que dizer inconstitucional, em plena ditadura, o artigo 48 da Lei de Segurança Nacional, pelo qual o simples recebimento da denúncia ou a prisão em flagrante importava a suspensão do exercício de profissão do emprego público ou privado. Basta ler o acórdão para ver a perigosa similitude com algumas medidas que estão sendo cogitadas para implementar o artigo 139, IV do CPC. Afinal, ao que lemos, o devedor, ao não pagar, poderia inclusive perder a CNH ou seu passaporte. Ou ser proibido de prestar concurso público. Ou, ainda, outras restrições inconstitucionais.

Ao que nos parece, a melhor interpretação do preceito normativo não é a de buscar um juízo criativo ilimitado e despreocupado com as restrições normativo-constitucionais com fins utilitaristas, mas, sim, aquela que perceba a conexão com a teoria das injunções já amplamente desenvolvida no direito estrangeiro especialmente para os processos de implementação de direitos fundamentais mediante a chamada litigância de interesse público, mas que poderá ser usada para outros fins.

A cláusula do artigo 139, IV, somada à cláusula geral de negociação processual (artigo 190),^[1] pode gerar uma quebra racional do discurso de protagonismo judicial hábil a uma proposta participativa de implementação de direitos. Afinal, a teoria da jurisdição desde o Segundo pós-guerra no exterior e desde a Constituição de 1988, no Brasil, clama por uma revisitação que coloque à prova suas bases em face dos novos desafios decorrentes do aumento das espécies e complexidade das litigiosidades e dos ganhos da teoria do direito.

Esta modificação provoca especiais modos de encarar a atividade decisória e de cumprimento. Ganhou especial relevo nos sistemas jurídicos pós-segunda guerra a possibilidade de dimensionamento de medidas construídas processual-jurisdicionalmente direcionadas a conteúdos positivos, inclusive



promovendo reformas estruturais.

Mesmo as *injunctions* contruídas desde o século XIV como remédio típico da *equity* para reprimir as partes a comportamentos contrários à boa consciência[2] ganharam novo fôlego, com especial destaque a partir da Corte presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969) da U.S. SC, que proferiu o emblemático precedente *Brown v. Board of education of topeka* (347 U. S. 483 -1954) que promoveu a superação do precedente *Plessy v. Fergusson* (163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L. Ed. 256 -1896) que permitia a interpretação do princípio da igualdade como separados mais iguais.[3]

Ao estudar as injunções no direito norte-americano, Fiss[4] apontava, em 1979, que de modo mais evidente no segundo pós-guerra se concretizou uma necessidade constitucional da oferta de significado específico para uma série de direitos fundamentais (civis),[5] de modo a se definir seus respectivos conteúdos operacionais e possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflitos.

Tais medidas-injunções (mais precisamente as *structural injunctions*) procuravam, diante de omissões estatais, efetivar reformas estruturais[6] sociais que reconheciam o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para novas realidades sociais, reestruturando a organização para eliminar ameaças impostas a direitos fundamentais pelos arranjos institucionais existentes.[7]

As *injunções*[8] viabilizariam a consolidação de direitos fundamentais mediante o papel ordenatório da função jurisdicional[9]. Pontue-se que tais injunções colocaram em debate o papel destas decisões, especialmente quando proferidas pela Suprema Corte e ao se permitir sua aplicação como precedentes, eis que ficava muito evidente a impossibilidade de se encarar tais julgamentos como meras análises em tese de casos eis que havia uma preocupação evidente de como se efetivar, nos casos concretos, o conteúdo decisório.

Ademais, colocava-se em análise o próprio papel do processo e da fundamentação das decisões. Com efeito, quando se fala em fundamentação, normalmente se estabelece(ia) uma correlação única com a atividade processual cognitiva (de conhecimento-declaratória). No entanto, desde a década de 1950, com o reforço destes novos papéis que a Jurisdição passou a desempenhar, tornou-se necessário enxergar a atividade decisória (e a fundamentação), mesmo no processo de conhecimento, de outro modo. O magistrado, ao julgar uma demanda, não pode mais se preocupar tão só com a declaração da parte vencedora, mas também deve pensar em como a decisão deve ser cumprida (efetivada) a partir de uma estrutura processual compartilhada. Ovídio Baptista era encanizado com esse problema da falta de eficácia das sentenças condenatórias.



Esta nova postura inaugura um novo sincretismo entre cognição e execução e instaurava uma nova racionalidade processual. Como já constatava Fiss, a jurisdição quando é instada a promover *reformas estruturais*^[10] mediante uma litigância de interesse público (para, por exemplo, promover dessegregação entre brancos e negros, implementação de direitos sociais, ou mesmo obrigações patrimoniais etc.) deve fundamentar a decisão de modo a viabilizar, mediante um contraditório mais abrangente, uma decisão fundamentada com a preocupação com o modo de sua execução e com uma postura de humildade em face da complexidade da situação de aplicação, decorrente da diversidade de interesses envolvidos e do aumento dos afetados (inclusive com o reforço da importância dos *amici curiae*).

A ampliação do âmbito de responsabilidade decisória *para além da declaração deve ser levada em consideração para qualquer tipo de litigiosidade, o que nos parece ser o cerne do novo artigo 139, IV, do CPC 2015*. Assim, esta dimensão da atividade decisória, especialmente dentro da imbricação cognitivo-executória aqui pontuada, ganha ainda mais importância quando se percebe a insuficiência da abordagem recorrente da atividade executiva, de busca de uma imposição unilateral pelo juiz de um comando recorrentemente nada efetivo (por exemplo, construam-se casas ou se oferte um tratamento médico sob pena de multa!?!), ou a abordagem inaugural das litigâncias de interesses público e dos pronunciamentos para promoção de reformas estruturais.

Na atualidade, busca-se, nos EUA, decisões que abandonam a crença do protagonismo judicial e de que o Judiciário pode promover mudanças solitariamente até pelo fato que mesmo decisões emblemáticas como *Brown* (acima indicada) não tiveram o condão de promover todas as potencialidades, gerando efeitos mais simbólicos que efetivos logo após sua prolação.

Uma perspectiva experimentalista^[11] (de viés altamente participativo) combina normas mais flexíveis e provisionais com procedimentos de *negociação processual* (artigo 190, CPC/2015), de participação das partes e supervisão das medidas adotadas, além de permitir a revisão de tais medidas a fim de torná-las mais adequadas caso se mostrem insuficientes.^[12]

Na maioria dos casos, as decisões expressam planos (objetivos) que as partes pretendem alcançar, ao mesmo tempo em que especificam parâmetros e procedimentos para monitorar a performance das instituições atingidas pela decisão.^[13] O desempenho das instituições é medido em relação às expectativas das partes, bem como em comparação às demais instituições.

Essa perspectiva institucionaliza um processo de constante aprendizado e aprimoramento das decisões.^[14] A regulação por meio do experimentalismo é característica de uma administração governamental diversificada e multidisciplinar, tornando o processo decisório muito menos hierarquizado (pelo poder do juiz) e mais aberto, permitindo a colaboração mesmo de pessoas que não compõem diretamente a lide, a fim de se buscar uma solução mais ajustada e legítima ao problema de efetivação de direitos.

Nesse caso, ao mesmo tempo em que os poderes do juiz aparentemente diminuem, *ele se torna mais envolvido na reconstrução das instituições públicas e na efetivação adequada de direitos*, tendo em vista que não haverá uma decisão tomada apenas pela sua atuação (solitária e centralizada), mas o resultado da decisão será construído em conjunto, determinado pela conjunção das partes e assistentes envolvidas no processo.



No contexto brasileiro, as medidas estruturantes ainda se encontram em momento embrionário e poucos estudos de relevância foram desenvolvidos acerca do tema ainda em enfoque estatalista,^[15] mas os artigos 139, IV (cláusula geral executiva de efetivação) e 190 (cláusula geral de negociação processual) do CPC/2015 *talvez possam ofertar novas potencialidades para o instituto*. Portanto, não nos parece adequado que se desgaste a potencialidade participativa presente no artigo 139, IV.

Afinal, tomamos cuidado ao falar de *medidas estruturantes* para ressignificá-las, afastando-as de qualquer contexto de ativismo judicial. Este é o ponto. Queremos discutir técnicas decisórias e processuais atentas à efetividade da jurisdição, o que não implica voluntarismos do juiz. Isso representaria um retrocesso em relação à estrutura do CPC. A atuação do juiz está constrangida por dois lados: primeiro, a participação ativa das partes, não só com o contraditório (artigo 10), como também com sua autonomia para os negócios jurídicos processuais (artigo 190); segundo, a Constituição, a lei, a jurisprudência, a dogmática jurídica processual e a Teoria do Direito, controláveis no amplo dever de fundamentação judicial (artigo 489), estabelecendo os limites indisponíveis dessas medidas.

O alcance e os limites do artigo 139, IV do CPC

Todas estas digressões nos fazem retornar ao problema inaugural: seria possível com base no artigo 139, IV do CPC/2015 restringir unilateralmente, a partir da visão utilitarista do magistrado, direitos individuais para obter a satisfação de obrigações pecuniárias como defendido pelos respeitáveis autores? Nos parece que, em regra, não!

Apesar de respeitarmos esses entendimentos, parece-nos que as medidas abertas do preceito normativo do CPC, junto com o artigo 190, podem gerar negociações executivas de cumprimento, como seria recorrente para implementação de direitos sociais (com abertura de verificação das potencialidades de cumprimento mediante programas executivos/planificação executiva) de demandas de reintegração de posse em caso de ocupações sociais, de gradual reestruturação do sistema público de saúde, de imposição de medidas de fazer e não fazer no campo ambiental e consumerista etc., que deixem de ser impostas unilateralmente do Judiciário e passem a ser dimensionadas mediante a participação ativa e em rede de todos os envolvidos.^[16]

O dispositivo deixaria de ser embasamento para medidas arbitrárias e autoritárias de restrição de direitos fundamentais, com o propósito utilitarista de satisfação de obrigações pecuniárias *e tornar-se-ia fonte de uma satisfação processual-jurisdicional sofisticada e participativa dos direitos*. O perigo é o artigo 139, IV, ser transformado em instrumento de um quase desforço físico, só que com autorização judicial.

É evidente que neste curto espaço de uma coluna só seja possível a provocação de interesse para o tema, uma vez que ele envolve inúmeras variáveis e uma nova compreensão da atividade decisória e de satisfação que se desvencilhe do viés autoritário recorrente de satisfação obrigacional.

^[1] Acerca da cláusula geral de negociação cf. por todos. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.



[2] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Cit. p. 155.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. cit.

[4] FISS, Owen. Fiss, The Forms of Justice. *Harvard Law Review*. v. 93. Nov./ 1979. p. 2.

[5] Entre outros os direitos de liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade.

[6] Como bem acentua Owen Fiss (*The Forms of Justice*. cit. p. 2-3 – tradução livre), a reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. (...) Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas. Fiss exemplifica o fenômeno com o caso *Brown vs Board of Education*, cujo esforço exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social.

[7] FISS, Owen. Fiss. *The Forms of Justice*. cit.

[8] “In use long before the Constitution, the injunction in the twentieth century came to play one of its most important roles as the enforcer of constitutional and CIVIL RIGHTS.” (*Encyclopedia of the American Constitution*. 2. ed. New York: Macmillan Reference, 2000. p. 1372).

[9] “The injunction rests on a simple idea: that a court may order someone to perform or to cease some action.” (YEAZELL, S. *Injunction*. cit. p. 1372).

[10] FISS, Owen M. op.cit..p. 2.

[11] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*. v.117, p.1018-1020, 2004.

[12] Cf. FONSECA, Eduardo José da Costa. A “execução negociada” de políticas Públicas em Juízo. *Revista de Processo*, v. 212, out. 2012. THEODORO JR., NUNES, BAHIA. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 224,



out. 2013.

[13] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. p. 1019.

[14] Cf. o embasamento para este argumento com mais fôlego: NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.

[15] JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: Da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 225/2013

[16] STURM, Susan. The promise of participation. *Iowa Law Review*. 981 1992-1993.

Date Created

25/08/2016