

Atipicidade dos meios executivos e discricionariedade interpretativa

Num cenário de inúmeros temas que sofreram profundas alterações pelo novo CPC e que fomentam grandes debates até os dias atuais, elegemos a atipicidade dos meios executivos como objeto da coluna



Especificamente, desenvolveremos algumas contribuições ao debate

envolvendo o artigo 139, IV, do CPC^[1], lembrando que algumas discussões que já existiam à época do então ‘Princípio Geral de Efetivação’^[2] no âmbito das execuções de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, mas que pelo novo CPC foram ampliadas diante de sua extensão à execução da obrigações de pagamento de quantia certa.

Comumente, encontramos no âmbito dogmático processual raciocínio que de forma resumida poderíamos assim definir: ora a utilização dessa “cláusula geral processual executiva”^[3] proporcionaria uma liberdade interpretativo-decisória ao magistrado, ora geraria um conflito principiológico (não raro identificado pela efetividade da execução *versus* menor onerosidade possível) cuja solução se dá preponderantemente pelo uso da proporcionalidade (com aplicação – ou apenas indicação de seu uso – direta da teoria de Alexy), da razoabilidade, ou de outros ‘meios/métodos’ utilizados como solução de tal conflito.

E é partir desta perspectiva inicial que afirmamos: nenhuma solução possível para a utilização do artigo 139, IV, do CPC pode ser pensada sem uma reformulação das bases filosóficas e teóricas anteriormente utilizadas, principalmente acerca do conceito de interpretação e de decisão judicial. Não há como manejar-se o referido dispositivo sob um viés puramente infraconstitucional, fechando os olhos para a necessária análise de sua ‘legalidade constitucional’.^[4]

Como bem afirmaram Lenio Streck e Dierle Nunes ([aqui](#)):



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.[\[5\]](#)

Muitas vezes o que se percebe são perspectivas de cunho essencialmente positivistas normativistas e/ou descumpridoras do direito fundamental à fundamentação da decisão judicial.

Sobre o primeiro ponto acima, uma inicial análise já nos demonstra a clara semelhança entre as diversas posturas teóricas e jurisprudenciais no uso do dispositivo, ressuscitadoras (sob outra roupagem e linguagem pretensamente justificadora e contemporânea) da antiga moldura kelseniana e sua interpretação como *ato de vontade*. Daí que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que [...] têm igual valor”.[\[6\]](#)

Portanto, para Kelsen[\[7\]](#) não é possível o estabelecimento de qualquer critério para se definir *entre qual das respostas possíveis* uma deve ser *escolhida*. Trata-se da conhecida discricionariedade interpretativo-decisória, que em nosso tema, normalmente é contextualizada a partir da ampla liberdade de interpretação dos meios executivos, em decorrência da *escolha* do mais adequado pelo magistrado ao caso concreto. Diante de inúmeras possibilidades, uma *escolha discricionária*. Relembremos, também que na visão de Kelsen, essa prática interpretativa é alçada à categoria de “política do Direito”:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva [...] do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. [...] A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer [...] uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. [...] Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.[\[8\]](#) (grifo nosso)



Para Streck^[9], Kelsen privilegiou “as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete”. E, diante da metáfora da moldura, Kelsen indica a ideia de uma postura cognitiva quando da interpretação, porém, ao não indicar qualquer caminho para a definição de tais limites, a atividade interpretativa passa a ser analisada em puro ato de vontade. Neste sentido, “o aplicador pode desrespeitar a moldura que delimita sua competência, tal como qualquer pessoa pode cometer um crime violando normas de proibição”^[10], significando, pois, a existência da moldura, porém, não vinculante ao aplicador.^[11] Reflitamos sobre tal ideia e, talvez, possa ter sido o que aconteceu na decisão com o seguinte dispositivo:

[...] autorizo expressamente que a Polícia Militar utilize meios de restrição à habitabilidade do imóvel, tal como suspenda o corte do fornecimento de água; energia e gás. Da mesma forma, autorizo que restrinja o acesso de terceiros, em especial parentes e conhecidos dos ocupantes, até que a ordem seja cumprida. Autorizo também que impeça a entrada de alimentos. Autorizo, ainda, o uso de instrumentos sonoros contínuos, direcionados ao local da ocupação, para impedir o período de sono. Tais autorizações ficam mantidas independentemente da presença de menores ocupantes no local, os quais, a bem da verdade, não podem lá permanecer desacompanhados de seus responsáveis legais.^[12]

Sobre o segundo ponto –afronta ao direito fundamental à fundamentação da decisão judicial–, outra análise também nos demonstra ser possível certa inferência de que decisões que normalmente se limitam a *deferir a suspensão da CNH e apreensão do passaporte* (ou outros meios executivos de um modo geral), sem qualquer outra fundamentação (normativa e fática, considerando os demais meios executivos anteriores e as inúmeras outras possibilidades existentes, conjunto processual probatório, etc.), consiste normalmente em (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; em (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; em (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, e em (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Infelizmente, parece que no momento executório há um afastamento da necessidade de atendimento ao artigo 489, §1º, do CPC.^[13]

Desse fenômeno, relembremos a ideia de que talvez, decisões desse tipo possam demonstrar novamente práticas afinadas com o já conhecido *decido primeiro, fundamento depois*.^[14] Podendo fomentar ainda mais, análises interpretativas superficiais e utilitaristas, complexificando sobremaneira as já danosas consequências da aplicação da *instrumentalidade do processo*, agora na seara executiva.^[15]

Sobre outro ângulo, também é possível notar, como bem fizeram Igor Raatz e Natascha Anchieta^[16], determinadas leituras do dispositivo em questão que fazem transparecer um ‘juiz arauto da moral’, que, atropelando direitos fundamentais processuais, corrói a autonomia do Direito condicionando a função executiva à sua visão moral (em suas diversas possibilidades e apresentações possíveis quanto à visão do magistrado).^[17] Relembrem os autores decisão do ano de 2016, contendo a seguinte passagem:



O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução.

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e **suspendo** a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a **apreensão** de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. [...] (grifo em itálico nosso)

Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. [...] [18]

Admitimos, especialmente sob a égide de uma perspectiva dworkiniana de coerência e integridade, da inexistência de qualquer “carta branca” (ou no estilo kelseniano, liberdade de escolha) para o juiz determinar as medidas executivas que entender necessárias[19], assim como admitimos superado o *poder discricionário* hartiano a partir inicialmente da obra de Dworkin.

O compromisso com as bases teóricas já expostas anteriormente (v. [aqui](#) e [aqui](#)) não nos autoriza a deixar de aplica-las, ou a proceder com mixagens teóricas, apenas em decorrência da positivação da ideia/proposta legislativa do artigo 139, IV. A utilização da proposta de Dworkin acerca da coerência e integridade (também positivada no artigo 926, registremos) utilizada e temperada em território brasileiro por Streck, utilizador também das conquistas teóricas advindas de Heidegger e Gadamer (produzindo sua Crítica Hermenêutica do Direito), possui âmbito de aplicação geral ao âmbito jurídico.

Assim, admitir um Constitucionalismo Contemporâneo ([aqui](#)), com suas derivadas reformulações (inicialmente, quanto à teoria das fontes, da norma e da interpretação), é entender que não há como utilizar o referido dispositivo sob um viés puramente infraconstitucional, fechando os olhos para a necessária análise da ‘legalidade constitucional’ que deve ser buscada, e/ou utilizar-se das já conhecidas lições kelsenianas, mesmo sem aditi-las.

Já estamos em setembro de 2019. Portanto, há mais de 3 anos de vigência do novo CPC, e há mais de 4 anos de sua publicação. Contudo, é preciso relembrar a conclamação de Streck ([aqui](#)) em março de 2016: é preciso que olhemos o novo com os olhos do novo!



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

[2] DIDIER JR, Fredie et. al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Vol. 5. 5ªed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 437.

[3] DIDIER JR, Fredie et. al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Vol. 5. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 104. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Conjur. 25 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

[4] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Saraiva, 2014, *passim*.

[5] STRECK, NUNES, op. cit.

[6] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, 2003, p. 390-391.

[7] Ibidem, p. 392 e ss.

[8] Ibidem, p. 393-394.

[9] STRECK, Verdade e Consenso, p. 36.

[10] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. Método, 2006, p. 215-216.

[11] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2014, p. 126 e ss.

[12] Trata-se de decisão divulgada pelo Conjur, em 01/11/2016 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/estudantes-juiz-autoriza-tecnica-tortura-usada-cia>) e pelo site Migalhar, em 03/11/2016, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI248397,61044-Juiz+autoriza+corte+de+agua+luz+gas+e+alimentos+para+forçar>. Questão bem analisada por Streck em: “Tortura em Brasília: Ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul!”, no Conjur, 1/11/2016, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/streck-tortura-brasil-cacar-coelhos-mataremos-borboleta>



[13] Registrando também o ponto, v. STRECK, NUNES, op. cit. Registre-se, também, o Enunciado 12 do FPPC: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do artigo 489, § 1º, I e II.

[14] STRECK, Lenio Luiz. **Decido conforme minha consciência**. 2013, *passim*.

[15] RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **O juiz "arauto da moral" e o fim dos limites políticos da execução**. Conjur. 10 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/opiniao-juiz-arauto-moral-limites-politicos-execucao>.

[16] RAATZ, ANCHIETA, op. cit.

[17] Relembrem os autores a decisão no Processo 4001386-13.2013.8.26.0011, divulgada à época no site Migalhas: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI245189,101048-Passaporte+e+apreendido+para+forçar+homem+a+quitar+divida>.

[18] Registre-se, também, que encontramos perspectiva semelhante, inclusive com indicação da decisão transcrita acima, no julgamento do Agravo de Petição 0001829-87.2014.5.17.0014, em 17.06.2019, no TRT17.

[19] STRECK, NUNES, op. cit.

Date Created

14/09/2019