

FACULDADE MERIDIONAL - IMED
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**A INCLUSÃO DO COMANDO MANDAMENTAL NA SENTENÇA
CONDENATÓRIA E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CREDOR**

MARGOT CRISTINA AGOSTINI

PASSO FUNDO

2018

MARGOT CRISTINA AGOSTINI

**A INCLUSÃO DO COMANDO MANDAMENTAL NA SENTENÇA
CONDENATÓRIA E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CREDOR**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional – IMED, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Orientadora: Professora Doutora Jaqueline Mielke Silva.

PASSO FUNDO

2018

CIP – Catalogação na Publicação

A275i AGOSTINI, Margot Cristina

A inclusão do comando mandamental na sentença condenatória e a realização dos direitos fundamentais do credor / Margot Cristina Agostini. – 2018.
72 f.: il.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade IMED, Passo Fundo, 2018.

Orientador: Profa. Dra. Jaqueline Mielke Silva.

1. Direitos fundamentais. 2. Dívida ativa – Sentença condenatória. 3. Medidas coercitivas. I. Silva, Jaqueline Mielke, orientadora. II. Título.

CDU: 342.7

Catalogação: Bibliotecária Angela Saadi Machado - CRB 10/1857

Autor/a: MARGOT CRISTINA AGOSTINI

Título: A INCLUSÃO DO COMANDO MANDAMENTAL NA SENTENÇA
CONDENATÓRIA E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CREDOR

Dissertação apresentada ao Programa
de Pós-Graduação *Stricto Sensu* –
Mestrado em Direito – da IMED, como
requisito para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Passo Fundo, RS, 30 de agosto de 2018.



PROFA. DRA. JAQUELINE MIELKE SILVA (PPGD-IMED) – Presidente



PROF. DRA. ANGELA ARAÚJO DA SILVEIRA ESPINDOLA (UFSM) – Membro



PROF. DR. FAUSTO SANTOS DE MORAIS (PPGD-IMED) – Membro



PROF. DR. VOLTAIRE DE FREITAS MICHEL (IMED-POA) – Membro

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio e pelo carinho inesgotável.

Ao Adroaldo, meu marido, com muito amor.

À Ana Julia e ao Arthur José, meus filhos lindos, presentes de Deus para iluminar minha caminhada e encher minha vida de alegria.

Aos meus pais, Crelio e Dalva, minha irmã Aline, meu cunhado Marcelo e minhas sobrinhas Maria Cecília e Isabel Alice, que me desculparam por não lhes dar atenção porque estava escrevendo “só mais um pedaço da dissertação”.

À Professora Jaqueline Mielke Silva, pela amizade e orientação, desde minha iniciação no mestrado.

A todos os professores e colegas de pós-graduação da IMED, em especial à colega Jennifer.

Aos amigos Marlova Stawinski Fuga, Lais Soares Giaretta e Rafael Selonk, pela oportunidade de dialogar sobre meu trabalho e pelos comentários que em muito contribuíram para o aperfeiçoamento desta dissertação.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar, a partir da leitura do inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil (CPC), a possibilidade da inclusão de um comando mandamental na sentença que condena ao pagamento de quantia certa. O estudo examina alguns aspectos relacionados à Constituição Federal, especialmente no que toca ao direito fundamental do credor às tutelas tempestivas e efetivadas. Isso, porque o processo somente será efetivo se a sentença for capaz de fazer com que a obrigação nela reconhecida seja cumprida, no menor espaço de tempo possível e da maneira mais aproximada à situação anterior a esse descumprimento. Aborda, ainda, as origens romano-canônicas do direito processual e a consequente herança de tolerância para com os devedores, bem como, a dificuldade de se quebrar esse paradigma racionalista que conduz à resistência do sistema processual em superar suas estruturas tradicionais. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, realizando-se um estudo qualitativo e exploratório, pela técnica da pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados principais apontam que a sentença condenatória, na sua estrutura clássica, apenas “exorta” o cumprimento e, por isso, é inapta a tutelar o direito declarado existente. As medidas estabelecidas no artigo 139, IV, do CPC, além de mitigarem o princípio da tipicidade dos meios executórios, possibilitam ao Juiz a busca de meios para assegurar cumprimento das decisões judiciais. Sob esse ângulo, é possível incluir na sentença condenatória um comando mandamental, ou seja, ordenar o pagamento, sob pena de aplicação de medidas coercitivas. Essas, com o objetivo de influenciar o réu a adotar um comportamento positivo, em outras palavras, o adimplemento e, de consequência, dar maior efetividade ao provimento judicial e mitigar a crise que atravessa o processo executivo e/ou fase de cumprimento de sentença.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais do Credor. Tutela Efetiva e Tempestiva. Medidas Coercitivas. Sentença Condenatória. Obrigação Pecuniária.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questo lavoro è analizzare la possibilità dell'inclusione di una ordinanza nella sentenza che condanna al pagamento di una certa somma, partendo da una lettura del comma IV, articolo 139 del Codice di Procedura Civile. Lo studio esamina alcuni aspetti della nostra Costituzione Federale che riguardano i diritti fondamentali di tutela e tempestività del Creditore, questo perché il processo sarà effettivo solo se la sentenza sarà in grado di far valere l'obbligo in essa contenuto il prima possibile e nel modo più conforme alla situazione anteriore al mancato adempimento. Vuole anche approcciare alle origini romano-canoniche del Diritto Processuale e la conseguente eredità di tolleranza nei confronti dei debitori e le difficoltà di rompere con il modello razionalista che porta alla resistenza del sistema processuale a superare le proprie strutture tradizionali. La sentenza condannatoria, nella sua struttura classica, "esorta" soltanto, al compimento e per questo non è adatta a tutelare il diritto dichiarato esistente. Le misure stabilite nell'articolo 139 comma IV del CPC, oltre a mitigare il principio di tipicità dei mezzi esecutori, danno la possibilità al giudice di cercare altri mezzi utili al compimento delle decisioni giudiziali. Da questo punto di vista è possibile includere nella sentenza condannatoria una ordinanza, cioè ORDINARE il pagamento sotto pena di applicazione di misure coercitive, con l'obiettivo di indurre il condannato ad adottare un comportamento positivo, ovvero adempiere alla mancanza e quindi, dare una maggiore effettività al provvedimento giudiziale mitigando la crisi per la quale attraversa il processo esecutivo e/o fase di compimento della sentenza.

Parole Chiave: Diritti Fondamentali del Creditore. Tutela Effettiva e Tempestiva. Misure Coercitive. Sentenze Condannatorie. Obligazioni Pecuniarie.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO	8
-------------------------	----------

CAPÍTULO 2

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A NECESSIDADES DE NOVOS INSTRUMENTOS PARA A EFETIVA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS.....	11
--	-----------

2.1 A estrutura primitiva da obrigação romana e seu reflexo no ordenamento processual	11
--	-----------

2.2 A separação entre cognição e execução: uma característica do direito romano	15
--	-----------

2.3 A universalização da ação condenatória como supressão das pretensões reais	20
---	-----------

2.4 Técnicas clássicas de prestação da tutela jurisdicional e a necessidade de novos instrumentos para efetiva realização dos direitos.....	22
--	-----------

2.4.1 As modalidades de tutelas jurisdicionais: tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva	23
--	-----------

CAPÍTULO 3

A COMPREENSÃO JURÍDICO-DOG MÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
---	-----------

3.1 Questões conceituais primordiais.....	27
--	-----------

3.2 Direito fundamental à duração razoável do processo	30
---	-----------

3.2.1 Efetividade do processo de execução	32
--	-----------

3.3 Direito fundamental à tutela executiva.....	34
--	-----------

3.4 O processo como instrumento à satisfação do direito substancial do autor.....	35
--	-----------

3.4.1 Critérios para controle do poder executivo do juiz	37
---	-----------

3.4.2 O dever de o juiz determinar o meio executivo adequado como decorrência da tutela jurisdicional efetiva	43
--	-----------

CAPÍTULO 4

O DIREITO AO PROCEDIMENTO ADEQUADO À PROTEÇÃO DO CREDOR: O SISTEMA BRASILEIRO DE TUTELA EXECUTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	45
--	-----------

4.1 A realidade atual e a superação do paradigma racionalista na dogmática processual	45
4.2 Medidas coercitivas e efetividade da tutela jurisdicional	51
4.2.1 Da insuficiência da sentença condenatória como forma completa da tutela jurisdicional	51
4.2.2 A reconstrução da sentença condenatória a partir da leitura dos artigos 139, IV e 497 do CPC/2015.....	52
4.2.3 A inclusão de medida coercitiva na sentença como técnica para assegurar o cumprimento de obrigação pecuniária reconhecida no título judicial e evitar a execução forçada	57
CAPÍTULO 5	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO

O ordenamento processual brasileiro sofreu várias alterações nas últimas décadas, que culminaram com a entrada em vigor do novo estatuto processual - o Código de Processo Civil (CPC) sancionado pela Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. O vetor principal dessas mudanças, no tocante à disciplina da execução civil - fase de cumprimento de sentença -, foi a preocupação em assegurar a integral prestação da tutela devida ao titular do direito material. Contudo, o sucesso de qualquer sistema jurídico depende não apenas da mera edição de novas normas, mas sim, de uma necessária cultura jurídica, apropriada a orientar aqueles a quem incumbe operar o sistema, de modo a extrair de tais diretrizes os melhores resultados possíveis.

O processo deve se orientar pelos ditames do devido processo legal, como contraditório efetivo, desenvolvimento transparente e cooperativo e, ao mesmo tempo, atuar como instrumento de efetivação dos direitos subjetivos daqueles que buscam o Judiciário como última instância de salvaguarda de seus direitos. Nessa direção, as novidades da recente legislação devem ser concretizadas, pois não podem representar textos vazios de mais uma legislação só de passagem, sem encontrar eco na realidade do cotidiano das demandas judiciais.

Dentro dessa perspectiva, o que se busca do processo é o resultado, com toda a sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito do litigante que tem, a seu favor, a ordem jurídica. Não basta proclamar direitos, é necessário realizar aqueles já reconhecidos. E é nesse cenário que a comunidade jurídica deve interpretar/acolher a inserção das medidas coercitivas, que visam compelir o cumprimento de obrigação pecuniária.

A concepção de direito de ação como direito à sentença de mérito, deve ser vista como direito ao provimento e aos meios executórios capazes de dar efetividade ao direito substancial. Assim, no estágio atual do Direito Processual Civil, é descabido pensar que o titular de direito material de uma obrigação de pagar soma não possa desfrutar dos meios executórios atípicos, sob argumento de que há regras próprias à execução de quantia certa que se realiza por meio de expropriação.

A necessidade do lesado receber dinheiro não se diferencia da necessidade do titular de obrigação de fazer, não fazer e dar quando é tranquila e inegável a possibilidade de aplicação dos meios executivos atípicos diante da aplicação das regras dos artigos 497, 536 e 537 do CPC. Não há como dar meios de execução efetivos a um caso, esquecendo outro. Isso constituiria lesão ao princípio da igualdade. Por essa razão, o provimento que reconhece a obrigação de pagar quantia, também deve ser dotado de medidas de coerção.

O problema da efetividade da sentença condenatória é que esse provimento não dispõe de meios eficazes para garantir a realização desse comando. A sentença condenatória que reconhecia obrigação de pagar soma na sua estrutura tradicional só tem efeitos e não força, pois, o sistema processual confere a ela mecanismos executórios à sub-rogação de bens, ignorando as medidas de coerção. Esse cenário de inefetividade da sentença condenatória poderá ser alterado se aplicadas as medidas coercitivas disciplinadas no inciso IV, artigo 139 do CPC¹.

Diante dessa possibilidade, o presente trabalho destina-se a propor, com fundamento na referida disposição, que a sentença não se limite à condenação ao adimplemento, mas que vá além. Que ordene o pagamento, sob pena de aplicação de medida coercitiva, como técnica a persuadir ao adimplemento e, assim, garantir o direito fundamental do credor à tutela efetiva e tempestiva. Tal objetivo e a escolha do tema justificam-se em função do momento pelo qual passa o processo civil brasileiro, exigindo que os institutos introduzidos no CPC de 2015 sejam ajustados a um mundo de novos valores, para que se possa desenvolver uma atividade jurisdicional enxuta, transparente, simplificada e, sobretudo, ágil. Conceitos precisos, raciocínios lógicos, verdades absolutas que foram certezas transmitidas séculos atrás, já não conseguem mais responder aos espíritos insatisfeitos dos consumidores do serviço jurisdicional.

Por tais razões, desde logo advertindo sobre a humildade das respostas, buscou-se entender, dentre outras indagações: Por que o titular do direito material de uma obrigação de fazer, não fazer e dar, tem meios coercitivos atípicos colocados à sua disposição para satisfação do direito reconhecido? Enquanto o titular de uma obrigação de pagar quantia, tem uma sentença condenatória que se limita a conferir-lhe meios expropriatórios típicos? É possível, a partir da leitura dos artigos 139, IV e entre outros dispositivos do CPC, a inclusão de um comando mandamental nas sentenças condenatórias, que reconheçam a obrigação de pagar quantia? A inclusão de tal técnica, poderia tornar mais célere a prestação da tutela jurisdicional nessa espécie de ações? Cabe frisar, mais do que nunca que o presente estudo caminha no sentido de buscar técnica para satisfação plena do direito material inadimplido, pois que, não obstante os óbices encontrados na ordem jurídica processual, o Direito existe para se realizar, todo o seu valor reside na possibilidade prática de sua realização.

Assim posto, o presente trabalho de dissertação jurídica - conduzido pelo método hipotético-dedutivo, realizando-se um estudo qualitativo e exploratório, pela técnica da

¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]
(BRASIL, 2015, s/p).

pesquisa bibliográfica e documental - está organizado em quatro capítulos principais, além desse introdutório que contextualiza o tema, e apresenta objetivos, justificativas e perguntas de pesquisa. O Capítulo 2 traz uma breve verificação do desenvolvimento histórico dos instrumentos de prestação da tutela jurisdicional e a influência do direito romano na estruturação do direito processual civil brasileiro. Ainda, toma-se como base a estrutura clássica de prestação da tutela jurisdicional - atividade cognitiva (processo de conhecimento) e atividade executiva (fase de cumprimento de sentença) – para descrever os resultados que ela oferece, a fim de evidenciar a necessidade da operatividade de novos instrumentos, que não adotem tal divisão.

No terceiro capítulo, buscou-se premissas teóricas extraídas da teoria dos direitos fundamentais, ferramentas úteis e adequadas para promover uma conformação do procedimento à proteção efetiva dos direitos fundamentais do credor. Por fim, no Capítulo 4, abordou-se a ineficácia da sentença condenatória que reconhece obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente. Após, sustentou-se a possibilidade de inclusão de um comando mandamental nessa sentença, diante da inovação trazido pelo disposto no inciso IV do artigo 139 do CPC. À guisa de conclusão, teceu-se as considerações finais e apresentou-se as obras que balizaram essa construção teórica.

CAPÍTULO 2

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A NECESSIDADES DE NOVOS INSTRUMENTOS PARA A EFETIVA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS

O presente capítulo tem por mote fazer um resgate que auxilie na compreensão da estruturação atual do sistema processual brasileiro. Assim, aborda primeiramente a estrutura primitiva da obrigação romana e, após, a separação entre cognição e execução, salientando o efeito de tais condutas em contextos similares no Brasil. Ademais, contempla, também com grande influência do direito romano, a tendência à universalização da ação condenatória como supressão das pretensões reais e apresenta a necessidade de novos instrumentos para a efetiva realização dos direitos, descrevendo as cinco modalidades de tutelas jurisdicionais: tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.

2.1 A estrutura primitiva da obrigação romana e seu reflexo no ordenamento processual

Considerando o objetivo precípua do presente estudo, que é o de demonstrar a inaptidão da sentença condenatória para proporcionar a proteção devida ao credor de quantia certa – considera-se indispensável ter, antes, uma adequada compreensão das linhas mestras que comandaram, ao longo do tempo, o ordenamento processual brasileiro. Para tanto, é necessário considerar algumas coordenadas presentes no CPC/73 e reproduzidas na atual legislação (CPC/2015), especialmente as que se referem aos hábitos jurídicos de pensar e lidar com o direito processual.

Do ponto de vista estrutural, o CPC/2015 contém uma “Parte Geral” em contraposição a uma “Parte Especial” e traz, também, um “Livro Complementar”. No Título I do Livro I, da Parte Especial do CPC/15, são disciplinados o processo de conhecimento e o cumprimento de sentença, a denominação reflete o processo por etapas (fases). Na primeira fase, o processo de conhecimento contém as ações declarativas e constitutivas ou uma terceira espécie, na qual o autor pede, além da declaração de seu direito, que o Juiz condene o réu a prestar-lhe algo, reconhecido como sendo objeto de uma determinada obrigação. Na hipótese de o réu não cumprir espontaneamente a obrigação, torna-se necessário o desenvolvimento da segunda fase (CPC/15 denominou de cumprimento). Essa objetiva a satisfação do direito material reconhecido na sentença.

A ideia de divisão do processo em fase de conhecimento e fase de cumprimento de

sentença, corresponde a uma concepção comprometida com a estrutura do processo romano clássico. Tal conduta universaliza o procedimento privado da *actio* do direito privado romano, não incorporando ações sumárias de inspiração germânica, dentre elas os interditos (SILVA, 2007). Para os romanos, a *jurisdictio* era desprovida de *imperium*, exercida através do procedimento privado da *actio*, que era o meio processual para realizar o direito em litígio, cuja natureza privada era tanta que o *iudex* poderia ser escolhido pelas partes (COSTA, 1983). A sentença condenatória prolatada pelo *iudex* não tinha força executória, pois emanava de um juízo privado. Enrico Tullio Liebman (2003, p. 29) refere que

a natureza privada e contratual da sentença romana lhe emprestava, pois, a eficácia de um parecer, de um juízo sobre os direitos das partes e juízo, todavia, com a eficácia de afirmar a existência de uma obrigação jurídica, concreta, de uma das partes, porquanto provinha, não de um particular qualquer, senão daquele a quem as partes, assistidas do pretor, tinham inculcado os encargos de julgar. O de que o juiz carecia, era o poder de extrair desse juízo seu a consequência lógica de tornar realizável à força o débito certificado.

O efeito da sentença romana de condenação é o de fazer surgir uma nova obrigação, diversa da precedente, porque essa “nova obrigação” decorria do julgado e não do vínculo jurídico precedente. Liebman (2003, p.126) deixou expresso os efeitos da sentença romana de condenação revelados por Gaio - jurisconsulto romano do século II, reconhecido por suas institutas:

[...] *reus..si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Ulp. Dig. 42, 1, 4, § 7º: Solvisse accipere debemus..omnem...qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit. Ulp. Dig, 15, 1, 9, § 8º:...si de pecúlio conventus dominus condemnatus est...coepit...dominus vel pater iudicati teneri. “Ulp. Dig, 15, 1, 3, § 11º:...Idem (Papinianus), scribit iudicati quoque patrem de pecúlio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actiones nomine, ex qua non potuit pater de pecúlio actionem pati; nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam velut obligationem.*

A eficácia da sentença condenatória reconhecida no direito romano é tal como se conceitua hoje e foi explicada por Liebman (2003, p.126) do seguinte modo:

[...] efetivamente quem era credor em virtude de uma sentença proferida a seu favor devia proceder por meio da *actio iudicati*, pois esse, e não outro, era o direito que da sentença mesma lhe advinha. Esta não conferia ao vencedor o poder de se satisfazer direta ou indiretamente, sobre a pessoa ou sobre o patrimônio do devedor, numa palavra: praticar atos executórios; tão-somente lhe propiciava nova ação, isto é novo direito de reivindicar judicialmente o seu crédito chamando o devedor perante o

magistrado.

O referido autor prossegue afirmando que, em todos os estágios de seu desenvolvimento, a sentença de condenação representa apenas o primeiro passo na marcha da realização do direito. Por ela se declarava a existência de uma obrigação, sem, entretanto, tornar-se preparado e maduro o ato executivo. Quando o credor se propunha a obter permissão para executar a condenação, fazia-se mister nova verificação que precedesse imediatamente o início dos atos executivos, sendo o meio para consegui-lo a *actio iudicati*.

Essa era reconhecida como detentora de natureza jurisdicional, pois declarava o direito. Os interditos eram procedimentos abreviados, simplificados, de cognição sumária e tinham por característica serem “condicionados à existência de pressupostos de fato, não ainda tidos por certos, mas a serem averiguados em caso de contestação ou violação do interdito” (MARTINO, 1937, p.218). Para o supracitado autor, os interditos, além da natureza sumária, tinham como característica serem uma decorrência do poder do *imperium* do pretor, não consistindo numa atividade jurisdicional. Assim, as ordens emanadas pelo pretor eram consideradas atos administrativos e não jurisdicionais, pois aos atos de *imperium* faltava “uma interpretação ou declaração oficial do direito” (op. cit., 1937, p.218).

Compreende-se ante ao exposto, que ordenar não era faculdade ou poder incluído no conceito de jurisdição, pois o juiz (*iudex*) limitava-se ao ato de declarar o direito controvertido na causa, pois a *condemnatio*, tanto no direito romano, quanto na sentença condenatória que reconhece a obrigação de uma prestação pecuniária, representa no plano do direito material mera declaração. A emanção dos interditos, que configuram atos executórios ou ordens para práticas de comportamentos positivos ou abstenções, eram atos do *praetor* (SILVA, 2007). Ainda segundo Ovídio Araujo Baptista da Silva (2007, p. 19), as razões pelas quais se excluem os interditos do conceito de jurisdição são:

(a) o ‘comando’ imposto pelo pretor era ‘condicionado’, quer dizer, o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, o que significa afirmar que não teria havido, ainda, ‘composição’ (definitiva) do conflito; (b) o interdito estabelecia um vínculo *di natura publicista*, ao passo que o ordenamento jurídico privado somente poderia reproduzir um reconhecimento (declaração) de direitos, nunca uma *ordem*.

A concepção de que na sentença condenatória o juiz apenas declara o direito, reproduz o pensamento romano de jurisdição. Tanto é assim que, para Liebman (1980, p.43), a atividade no processo de conhecimento destina-se a “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”. Ainda, para o renomado doutrinador

[...] na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certo ponto de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos passados. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada) (Op. cit., 1980, p.44).

Na visão de Giuseppe Chiovenda (1998), a função do processo civil e, portanto, da jurisdição, é de “certificar qual seja a vontade concreta da lei, afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com reconhecimento da demanda, ou em caso contrário, a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa”. Prossegue o doutrinador dizendo que

a mais plena forma de provimento do juiz é a sentença que, baseada em completo conhecimento de causa, com prévio exame a fundo – bem entendido – de todas as razões das partes, acolhe ou rejeita a demanda, afirmando ou negando a existência da vontade concreta da lei invocada pelo autor (Op. cit., 1998, p. 57).

Os componentes ideológicos e históricos que alicerçam a jurisdição romana ainda resistem, pois, o conceito de jurisdição que foi deixado pela ciência processualista do século passado não sofreu significativas mudanças. Isso, mesmo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nas reformas introduzidas no CPC/73 e a nova legislação processual (CPC/215). Ovídio Araujo Baptista da Silva (2006, p.29) sintetiza de forma clara a ideia subjacente:

A doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a conseqüente e necessária universalização do procedimento ordinário, resultante da instituição do Processo de Conhecimento – sem executividade simultânea, na mesma relação processual –, preservou também, por um princípio de coerência lógica, a distinção radical entre decisão e ordem, de modo a conceber o ato jurisdicional típico (sentença) como constituído exclusivamente de juízo, sem que a ordem integre o conteúdo.

Se o processo deve ser visto como instrumento, ele não pode ser indiferente ao direito material. Assim, existindo situações de direito substancial, justificadoras de distintos tratamentos, deve haver procedimentos adequados para tutelá-los de forma efetiva. A instituição do procedimento ordinário para situações distintas, sem qualquer consideração ao direito material, viola o direito à tutela jurisdicional efetiva.

2.2 A separação entre cognição e execução: uma característica do direito romano

Um dos grandes problemas do processo civil é o da efetividade das decisões judiciais. Assim, o estudo das origens do sistema processual é de grande valia, pois permite melhor compreender sua eventual evolução. Nessa direção, faz-se mister compreender que a execução de sentença² no direito romano é sistematizada, segundo os historiadores, em três fases, conforme descrito por Athos Gusmão Carneiro (2006):

- a) das ações da lei (*legis actiones*), que vai da fundação de Roma até o século VII;
- b) a do processo formular, que compreende os três primeiros séculos do Império, ou seja, os três primeiros séculos da era cristã; e,
- c) a do processo extraordinário (*extra ordinem*), que vigorou nos últimos séculos do Império, indo culminar com Justiniano.

Os dois primeiros sistemas recebiam a denominação de ordem *iudiciorum privatorum* e se caracterizavam por procedimento duplo, com participação do Estado e juízes privados. Na última fase (*cognitiones extra ordinem*) ocorreu publicização do processo, com exclusão do *iudex* privado e o procedimento foi unificado em torno do magistrado. No período das *legis actiones*, o procedimento era iniciado (*fase in iure*) perante o magistrado, que apenas ouvia as partes e nomeava o juiz (*dare iudicem*). Na segunda fase (*in iudicio*), o árbitro privado (*iudex*) proferia a sentença, observando a fórmula legal. Com isso, estava encerrada a atividade do juiz e o processo. Na hipótese de não haver o cumprimento voluntário da sentença condenatória,

² O processo civil romano, no período inicial da *legis actiones* (e, ucias e Julias), no período fórmulas, previa a execução da sentença condenatória (sempre em quantia em dinheiro, como menciona Humberto Cuenca, *Processo civil romano*, Buenos Aires: Ejea, 1957) não diretamente sobre o patrimônio do devedor (a propriedade dos cidadãos, em princípios, era direito absoluto, somente disponível com o consentimento do titular), mas sobre a pessoa do devedor (*manus in iectio*, prevista na Lei das XII Tábuas). Inadimplente, era submetido à servidão, e se o débito não fosse pago poderia o devedor ser vendido como escravo (Trans Tiberim, em terras etruscas, se cidadão romano fosse...) A execução pessoal paulatinamente foi sendo substituída pela execução patrimonial, mediante a *bonorum venditio*, que implicava a pecha de infâmia ao devedor e transmitida ao adquirente a propriedade de *pretoriana* (não a propriedade civil) da totalidade dos bens, sob a ficção de sucessão universal. A execução dependia da propositura de nova demanda, *actio iudicati*, com a condenação do devedor em dobro, caso sua impugnação à sentença fosse rejeitada. As defesas de má-fé eram superadas (evitando-se a eternização de demandas) mediante comandos emitidos pelo pretor, dotado do poder de *imperium*. [...] Em suma, a transferência (pelo magistrado) dos bens ao credor, ou a quem assumisse a dívida tinha como pressuposto sentença condenatória, proferida pelo *iudex*, juiz privado, o qual compunha a lide com base na fórmula redigida pelo pretor, no entanto o *iudex* simples cidadão, não possuía o *imperium* para obrigar ao cumprimento do julgado. Mais tarde, já no Império, com a paulatina introdução da (e a eliminação da etapa processual *apud iudicem*), a jurisdição concentrou-se na pessoa do magistrado: a sentença, como consequência, perdeu seu caráter arbitral para transformar-se em ato de comanda estatal. O juiz passou a dirigir o processo do início ao fim, como funcionário do Estado e representante do Imperador: ‘organiza a instância, examina as provas, profere o julgamento, executa a sentença’ [...] com o *pignus in causa iudicati captum*, a evolução por fim atingiu estágio semelhante aos procedimentos atuais, com a expropriação de suficiente parcela dos bens do devedor (CARNEIRO, Op. cit., p.55).

existia outra *legis actio*, que era a *legis actio per manus iniunctionem* (MEIRA, [1967], p.11).

Na fase do processo formular, de natureza privativista (ALVES, 1991), o pretor, se preenchidos os requisitos, concedia a ação (*iudicium*), de acordo com o modelo (fórmula). Em seguida, o processo era encaminhado ao juiz, nomeado pelo pretor, que instruía e julgava a lide, prolatando a *iudicatum*, que era o ato onde esse magistrado condenava ou absolvía (BIONDI, 1965). As condenações eram sempre para pagar quantia, mesmo quando o pedido tivesse como objeto bem móvel ou imóvel (*condemnatio pecuniaria*) (VAN WETTER, 1893). Na hipótese de não ser cumprida espontaneamente a condenação, o credor, fluídos trinta dias, deveria postular a satisfação da obrigação através de nova ação - *actio iudicati* - dirigida ao pretor. Na *actio iudicati* acentuou-se o princípio de que toda a execução deveria ser precedida, necessariamente, de condenação do devedor³ (LONGO, 1957).

Como afirma Affonso Fraga (1922, p.30), no processo formulário a *actio iudicati* nunca foi “uma forma de execução, mas uma nova ação, com fórmula própria, proposta em seguimento da antiga para o fim de se poder chegar à execução viva do julgado primitivo, caráter esse que conservou no processo extraordinário”. A execução - ato do pretor - não se situava dentro da *actio iudicati*, mas sim depois de seu julgamento e fora dela. Como observa Vincenzo Arangio-Ruiz (1984, p.140) “*la funzione di quest’azione è consentire una revisiobne del processo precedente, per il caso che non si sai svolto regolarmente o che il giudice abbia abusato del suo portere*”.

O processo romano da extraordinária *cognitio* se desenvolvia perante o *iudex*, ou seja, o magistrado preside a causa, prolata a sentença e a executa. Nesse período ocorreu a completa publicização do processo e uma transformação da estrutura processual. Na extraordinária *cognitio* havia duas espécies de execução disponíveis (ALVES, 1991):

- a) a execução para entrega de coisa, sempre que o juiz a previa na sentença;
- b) o *pignus ex causa iudicati captum* para execuções de quantia certa, contra devedor solvente; e,
- c) a *distractio bonorum*, no caso de insolvência do devedor.

Nesse período, havendo condenação pecuniária, abria-se o prazo de quatro meses para o devedor pagar voluntariamente. Não ocorrendo a satisfação da obrigação e fluído prazo, cabia ao credor promover pedido de penhora (*pignoris capio*) ao magistrado. A penhora conferia direito de hipoteca e, após dois meses, o credor poderia vender os bens em leilão, sendo o

³ *Presupposto necessarioi è, anche quí, la sentenza iudicatum) di condanna, che ancora nel sistema formulare non può esetre che pecuniária: ala condena è equiparata la confessio, limitamente - è da presumirsi - a quella di uma certa pecúnia* (ARANGIO-RUIZ, 1984).

excedente do preço obtido restituído ao devedor. Nas condenações, a entrega de coisa, se não fosse cumprida a decisão, dava ao autor o direito de recorrer à força pública, à *manus militaris*, para imitir-se na posse da coisa litigiosa (VAN WETTER, 1893).

Do que foi até aqui exposto, é possível reconhecer muitos traços do atual cumprimento de sentença e da execução de sentença romana, ou, nas palavras de Liebman (2003, p.27), do sistema romano:

[...] o efeito da sentença era unicamente o de fazer surgir uma nova obrigação, que não a precedente, porque provinha do julgado e não do vínculo jurídico originário. Eliminar-se-ão, portanto, muitas razões de defesa, serão inadmissíveis muitas exceções, sancionar-se-á, por assim dizer, purificada e reduzida ao denominado comum da *obligatio iudicati*, mas encontramos-nos, e permanecemos, na esfera de simples relação obrigatória de direito privado, que não podia autorizar o credor a deitar a mão sobre o patrimônio ou sobre a pessoa do devedor. Explica-se semelhante eficácia particular da sentença - nem de outra forma seria explicável - com um dos caracteres fundamentais do processo civil romano.

A concepção da separação, entre a atividade jurisdicional de cognição e a atividade executória no CPC/2015, reproduz pensamento romano de jurisdição, já que universalizou o sistema de cumprimento de sentença, como fase do procedimento da outorga das demais espécies de tutela (título II, do Livro I da parte Especial). Isso, não apenas para cumprimento de prestações pessoais de fazer, de não fazer e de entregar coisa (artigos 536 a 538), como também de obrigações de pagar quantia (artigos 520 a 527), incluídas as de prestar alimentos (artigos 528 a 533) e as de que for devedora a fazenda pública (artigos 534 a 535).

Em especial, a sentença condenatória que obriga ao pagamento de quantia, far-se-á a pedido do credor (parágrafo único, artigo 513 e 523 do CPC/2015), tanto que não sendo requerida a execução, no prazo de seis meses, os autos serão arquivados (§ 5º do artigo 475J CPC/73). Por sua vez, a ausência de executividade da sentença condenatória e carência de elemento imperativo, também está expressa no artigo 786 do CPC/2015. Silva (1999, p. 264-265), ao comentar o artigo 580 do CPC/73, que foi reproduzido no supracitado artigo 786, refere:

Este é o preceito que verdadeiramente define a sentença condenatória, e a distingue das executivas e mandamentais. Como se vê deste dispositivo, somente caberá ao credor o direito a promover a execução, uma vez 'verificado o inadimplemento do devedor'. Quer dizer, aquele que fora condenado ainda goza da prerrogativa de adimplir, ou seja, cumprir espontaneamente a obrigação. [...] O intervalo entre a sentença condenatória e a possibilidade, que ela confere ao credor, de promover a execução forçada, que a lei prevê a fim de que o condenado, espontaneamente, satisfaça o direito reconhecido pela sentença, é ineliminável da tutela condenatória e a distingue, essencialmente, das ações que Pontes de Miranda denominava executivas *lato sensu*, e das ações mandamentais. Enquanto a condenatória era própria e

exclusiva do procedimento da *actio* romana, as ações e sentenças que hoje podem ser definidas como executivas e mandamentais correspondiam aos interditos do direito romano clássico. Nestas, o Juiz, além de dizer o direito, em exercício de função declaratória, realiza-o executivamente; ou expede uma ordem para que o demandado o satisfaça. Esta imperatividade nunca será encontrada nas condenatórias. Tanto as executivas quanto as mandamentais - e esta questão é decisiva em termos de classificação de sentenças - são ‘ações sincréticas, ações que têm, simultaneamente cognição e execução na mesma relação processual, como proclama Cândido Dinamarco, para mostrar a origem interdital das executivas *lato sensu*, indicadas pela doutrina como resquício medieval.

Como visto, a *actio* do direito romano, assim como a sentença condenatória do direito processual, representa apenas a primeira fase na marcha da satisfação do direito. O fato de ter sido dispensada nova citação e dos atos executórios ocorrerem no mesmo processo - processo sincrético - em nada altera a concepção da dualidade conhecimento-execução, característica do CPC/73 que permanece na atual legislação processual. Até porque o artigo 525 do CPC/15, que delimita a matéria da impugnação ao cumprimento de sentença, praticamente reproduz o artigo 741 do CPC/73, que disciplinava os embargos à execução fundada em sentença. Essa observação converge com as palavras de Araken de Assis (2006b, p.13-14), ao pontuar que

A ação não exibe força executiva em decorrência de a execução se realizar no processo. Este é o equívoco básico da proclamação de que, doravante, todas as sentenças são “executivas”. Ora, a execução pode ser realizar no próprio processo em virtude da estrutura e da função do direito material posto na causa: por exemplo, na hipótese banal de o locador reaver a coisa locada, tanto que dissolvido o contrato de locação por inadimplemento do locatário (art. 60 da Lei 8.245/1991): o ato executivo recairá sobre bem que, por definição, integra o patrimônio do vitorioso e já se encontra individualizado. É completamente diferente o caso de alguém vítima de ilícito, pretender indenização. Então, os bens que permitem a satisfação do vitorioso integram, legitimamente, o patrimônio do vencido e devem ser individualizados nos limites do princípio da responsabilidade patrimonial (art. 391 do CC/2002). Na primeira hipótese, a execução é imediata, porque se cuida de resolução dotada de eficácia executiva, e sempre ocorrerá no processo em que surgiu o provimento antecipatório ou final; na segunda, a execução é mediata, porque se origina do efeito executivo da resolução judicial, o provimento é simplesmente exequível, podendo ou não ocorrer no mesmo processo – a critério do legislador processual. Tratando-se de resoluções exequíveis, realmente, reconhece-se à técnica processual a possibilidade de diferir o cumprimento (ou execução) a outro processo, ou realizá-lo *in simultâneo processu*, sem que se admita equiparação entre situações tão diferentes.).

Em sentido contrário Humberto Theodoro Junior (2017) afirma que a opção do legislador em diferir o cumprimento de sentença no mesmo processo, aboliu do sistema brasileiro a “*actio iudicati*”. O doutrinador descreveu o seguinte panorama: “nos últimos anos do século passado e nos primeiros do século atual, o legislador brasileiro procedeu a profundas reformas no Código de Processo Civil e, em quatro etapas, logrou abolir por completo os vestígios da indesejável dualidade de processos para promover o accertamento e a execução dos

direitos insatisfeitos.[...] as condenações a pagamento de quantia certa, para serem cumpridas, não mais dependeriam de manejo da *actio iudicati* em nova relação processual posterior ao encerramento do processo de conhecimento (Op. cit., 2017, p.40-41). Seja como for, a unicidade de processo depende de simpatias do legislador processual, não pode elidir a dualidade das pretensões e ações, condenatória e executiva.

Explica Pontes de Miranda (2016), que a execução, em sentido estrito, é aquela em que o ato é mediato ao pensamento. Essa mediatidade permite que se tratem no mesmo processo a preparação do pensamento a que tende a série de atos processuais nas ações condenatórias e, ainda, a preparação do ato, com os seus trâmites de prática, ou que se separem os processos. Aliás, nas ações condenatórias para pagamento de quantia não houve nenhum avanço com a entrada em vigor do CPC/2015, pois apenas reproduziu os dispositivos do CPC/73, alterados pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Ao que parece, o intento do legislador, nesse caso, foi o de reafirmar a separação entre cognição e execução, como observam Silva e Xavier (2006, p. 89), ao comentarem as mudanças introduzidas pela Lei 11.232/05:

O novel diploma legal, mantém a separação entre cognição e exceção. As ações condenatórias para pagamento de quantia certa e, conseqüentemente, a execução das mesmas continuarão existindo em nosso sistema, o que significa um verdadeiro retrocesso, já que há dados mais do que evidentes de que o processo de execução está em crise. Trata-se de um procedimento absolutamente moroso, sem a necessária coerção para o adimplemento da respectiva prestação. Na verdade, o que muda com a nova lei, são apenas aspectos procedimentais, que não alteram em nada a estrutura do processo. Adotamos algo semelhante ao que já existia nas execuções trabalhistas, que em nada alterou a duração do processo na Justiça do Trabalho. Continuaremos tendo os mesmos problemas hoje enfrentados, que são a morosidade e a conseqüente não efetividade da execução no Direito brasileiro. O (re) dimensionamento desta problemática apenas pode ser repensado a partir da superação da dicotomia cognição/execução também nas obrigações para pagamento de quantia certa contra devedor solvente.

Em outras palavras, a sentença condenatória que reconhece prestação pecuniária, no seu modelo tradicional, não exibe força executiva em decorrência do cumprimento da sentença se realizar no próprio processo. A possibilidade da fase de cumprimento (execução) ocorrer *in simultâneo processo* é técnica processual que não elide a dualidade cognição e execução. Resta entendido que no encerramento da fase de conhecimento, com a prolação da sentença condenatória, não se altera o mundo fático e não se satisfaz concretamente o direito do credor⁴.

⁴ Dissera Chiovenda (2002, p. 240) afirma: “a sentença de condenação produz a ação executória”. Pontes de Miranda (2016, p.38) confirma o conceito: “A sentença de condenação não executa – permite a execução a execução; tampouco, manda que se cumpra a prestação – abre portas a que se peça a execução e o juiz executor execute”.

2.3 A universalização da ação condenatória como supressão das pretensões reais

Durante um longo espaço de tempo não foi, por parte da doutrina, investigada a necessidade de adequação do processo ao direito material. O principal motivo para essa inércia assenta-se no fascínio que o procedimento ordinário (atualmente o CPC denomina de comum) exerce nos processualistas, o que permitiu “o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela dos direitos” (MARINONI; ARENHART, 2015, p.75). O processo de execução - fase de cumprimento de sentença -, está em crise, que decorre, em grande parte, da circunstância de que não é eficaz, ou pelo menos, está longe de gerar o grau de efetividade socialmente desejável.

Ironicamente, uma das causas dessa crise pode ser considerada como sendo a universalização do procedimento ordinário. O qual desemboca na sentença condenatória, independente do direito tutelado e do pedido posto em causa, e submete tanto os direitos de crédito quanto os reais, ao mesmo tratamento jurisdicional. Casos em que o processo atua como instrumento nivelador do direito, perante o qual não haveria importância ou lhe seria indiferente a natureza da relação jurídica de direito material trazida com a demanda.

A concepção de que ocorre uma transformação processual da obrigação exigida judicialmente no direito romano - *litis contestatio* - e criação de uma nova obrigação, são descritas nas lições de Emílio Betti (1953, p. 98-99):

Chi, a questo punto si disponesse ad obiettare che la condanna pecuniária in diritto romano classico è un fenomeno generale del processo, dimenticherebbe che nei processi su semplici obblighi pretorii o su diritti non há mai luogo quella consunzione processuale del rapporto giuridico controverso, pr la quale l'obbligazione si dimostra così strettamente legata all'azione personale. Dimenticherebbe, inoltre che nei processi sui diritti reali non vi fu condanna, ma pronuncia in natura (arg. Da Gai. IV, 48) (sem grifo no original) nella forma di pronuntiatio sul sacramentum e che la condanna in danaro non é originaria di quei processi, bensì imitata in essi dai processi su obbligazioni, secondo che noi tentammo dimostrare altrove. Dimenticherebbe, infine che i processi su 'obblighi pretorii' sono di nascita relativamente recente e calcati, sotto l'aspetto della condanna pecuniária, su quel medesimo modello. In realtà la condanna pecuniária é fenomeno strettamente legato all'obligatio.

Nessa perspectiva, o titular de um direito real e de um direito obrigacional, quando submetido ao processo, é tratado de igual modo ou com idêntica estrutura, seja obrigacional ou de direito real à relação subjacente ao processo. Chiovenda (1960, p.21) foi categórico:

[...] dalla lesione di un diritto assoluto (cioé dalla violazione dell'obbligo negativo di non ledere il mio diritto) nasce un diritto nuovo contro una determinata persona, che è obbligata a soddisfarlo (ad es. restituendomi la cosa mia) [...] Daí porque todos os direitos, “ quale che sai la natura, assoluta o relativa, reale o personale del

rapporto giuridico da cui hanno causa, nel momento in cui sono fatti valere nel processo, si dirigono verso una determinata persona...” [...] Portanto, todo o direito, “assoluto o relativo, tendente ad uma prestação, positiva o negativa, si presenta come obbligazione nel momento del processo.

Para o referido autor, então, a pretensão, independente da espécie de direito tutelado, nascerá após a violação e consistirá na possibilidade de exigir uma obrigação de outra espécie. Ovídio Araujo Baptista da Silva (2007, p. 40) ao analisar essa posição de Chiovenda refere:

Vê-se então, que a generalização da ação condenatória, tanto para o direito de propriedade quanto os direitos de crédito, exigiu a redução de todo o Direito Material a uma relação obrigacional de débito-crédito. Para que Chiovenda pudesse dizer que ação e obrigação se equivalem, teve de pressupor que toda ação de direito material deriva de "direito a uma prestação". Ora, tem direito a uma prestação o credor do Direito das Obrigações, não, pelo menos originariamente, o proprietário em sua relação com o objeto do domínio. Para que toda ação seja resultante de uma prestação não satisfeita, como diz Chiovenda, é necessário, antes, que se tenha uniformizado o Direito Material, e de um modo geral, todos os direitos reais reduzindo-os a direitos pessoais, originários de uma relação obrigacional. Diz Chiovenda: "quando o direito a uma prestação deixa de corresponder ao estado de fato". Que significa isso? Significa que, tendo o proprietário "direito a uma prestação" contra quem usurpara seu domínio, apossando-se do que lhe pertence, sua ação será sempre orientada numa "direção pessoal determinada": quer dizer, não será mais uma pretensão genérica à omissão, dirigida contra toda comunidade jurídica e sim uma ação pessoal contra o violador. Em última análise, da usurpação teria milagrosamente nascido uma relação obrigacional entre o titular do domínio e o usurpador.

Liebman (1980, p. 6-7), da mesma forma, entende que todo o direito, absoluto ou relativo, se apresenta como obrigação no momento do processo, deixando expresso que

a situação de fato que pode dar lugar à execução consiste sempre na falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado [...] A este propósito, é necessário esclarecer que a palavra obrigação é empregada aqui, como sempre neste curso, em seu sentido mais amplo. Não é obrigação só aquela que nasce de relação obrigacional. Também o direito real, que se caracteriza pelo fato de dever ser respeitado por todos, em caso de lesão faz surgir para aquele que o lesou ou para outrem (p. ex: o possuidor) obrigação pessoal e determinada de repor as coisas no estado primitivo: restituição da coisa, reparação dos danos causados etc. O processo em geral, e muito especialmente o processo de execução, considera as relações jurídicas no momento em que ocorreu algum ato contrário ao direito: e nesta fase toda a relação jurídica, qualquer que seja a sua natureza, se apresenta como sendo relação entre duas pessoas exatamente determinadas, uma delas obrigada a fazer alguma coisa em benefício da outra. A falta de cumprimento desta obrigação é que torna necessária a execução.

Como visto, o fenômeno da “pessoalização”, incorporado pela ciência processual do início do século XX, afastou-se do compromisso com o direito material, na medida que, no processo, todos os direitos - reais e pessoais - apresentam-se como obrigação e geram uma pretensão à condenação e respectiva sentença condenatória. Diz, nesse sentido, Silva (1997,

p.23-24) que

a ideia de que todos os direitos quando submetidos ao exame jurisdicional transformavam-se em obrigacionais e, pois, direitos de crédito, relativos – que, no fundo, correspondente à redução que se operou no direito romano clássico à forma processual da *actio* – está visível na concepção moderna do “processo de conhecimento” como forma de tutela jurisdicional autônoma e separada do “processo de execução”. Vê-se, então, claramente afirmação do direito de crédito e sua proteção jurisdicional por meio da ação condenatória, mesmo que, para isso, se tivesse de sustentar uma tese de certo modo incompatível com as concepções jurídicas que presidiram o nascimento da ciência processual, qual seja, a ideia do contrato judicial representado pelo caduco instituto da *litis contestatio*.

As consequências da pessoalização dos direitos não se restringem ao âmbito dos direitos reais, pois a persistência da doutrina de que a relação processual crie entre as partes uma obrigação, teve como consequência a universalização da ação condenatória. Esse direcionamento resultou na absorção dos interditos pelo procedimento da *actio* e alargou o conceito de obrigação, permitindo a reunião de todos os meios executórios num único processo de execução de créditos (SILVA, 2007).

A necessidade de se impor meios mais efetivos à satisfação dos direitos, no processo, nasce da adequação desse ao interesse jurídico do meio social, na busca da celeridade e do rompimento com entraves processuais desnecessários. Ainda, e com certeza, da busca do compromisso do processo com o pragmatismo e a justiça. De tal modo, o processo civil deve ser encarado sob o aspecto da efetividade dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e os seus sujeitos. Tais atos se materializam nas diversas formas de procedimento e devem representar o meio específico e necessário para que, através da combinação de um tipo de cognição ou de execução a esse conjunto de atos logicamente ordenados, se possa atender às exigências das diversas pretensões de direito material.

2.4 Técnicas clássicas de prestação da tutela jurisdicional e a necessidade de novos instrumentos para efetiva realização dos direitos

As tutelas tradicionais não mais alcançam o imediatismo necessário ao dia a dia da sociedade moderna. Os instrumentos jurídicos devem ser eficazes, os procedimentos, adequados e de rito célere, isso porque, as situações de direito substancial exigem, hoje, tutelas que realizem e não apenas declarem o direito da parte demandante.

A efetividade da tutela jurisdicional pressupõe a capacidade da norma concreta fixada na sentença de atuar no mundo dos fatos de forma tempestiva. Porém, nem sempre, ou na

maioria das vezes, o vencido se comporta de acordo com a forma imposta pela atividade jurisdicional. Assim, é necessário um sistema processual que permita a entrega do bem da vida pretendido e obtido pelo vencedor na primeira etapa da atividade jurisdicional, sem intervalos ou incidentes.

Nessa dinâmica, cabe à ciência processual moderna enquadrar o campo de atuação de técnicas de tutelas oferecidas no processo de conhecimento, medindo seus resultados e, ao mesmo tempo, procedendo ao desenvolvimento de outros capazes de propiciar ao processo o desempenho de seu mister. Assim considerado, este tomo tem por mote descrever sobre as modalidades de tutelas jurisdicionais (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva).

2.4.1 As modalidades de tutelas jurisdicionais: tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva

O homem é um ser social, mas também é individual e, numa sociedade complexa, é possível identificar as mais variadas necessidades individuais e coletivas. Para a satisfação dessas conveniências surgem, muitas vezes, os conflitos de interesses, que devem ser efetivamente tutelados. Daí nasce a importância de se perceber que há dois planos distintos no sistema jurídico: o plano do direito material e o plano do direito processual. O primeiro estabelece os preceitos reguladores de convivência em sociedade e o segundo determina as atividades necessárias à efetividade desses preceitos. Trata-se, respectivamente, da tutela jurídica e da tutela jurisdicional, ambas a serem prestadas pelo Estado (DINAMARCO, 2000).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito material “é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesse, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer” (BEDAQUE, 1997, p. 10). Além disso, deve ser vislumbrado sob a perspectiva da tutela jurídica em sentido estático ou tutela jurídica estrita (MAFFINI, 1999).

Percebe-se, assim, que o direito material contém regras e princípios postos pelo sistema jurídico que devem ser observados para que se alcance a paz e a ordem social. A proteção geral e abstrata dessas normas é outorgada pelo Estado através da tutela jurídica estática. As transgressões desses preceitos produzem situações conflituosas no plano do direito material, embora se sirvam do direito processual para a solução do litígio⁵ (DINAMARCO, 2004).

⁵ Falar em tutela jurídica destinada à preservação do ordenamento jurídico equivale, portanto, a captar o fenômeno tutela estatal a partir de determinado ponto de seu percurso. Implica desconsiderar que também a fixação de

Nesses casos é necessária a disponibilização de outra forma de tutela, que é conhecida como tutela jurisdicional. Refere ainda Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 797) que

o atual momento metodológico da ciência processual autoriza o retorno às especulações em torno da ideia de tutela jurisdicional, que fora banida dos estudos dos processualistas de um século atrás e agora volta reabilitada e revigorada, em novas vestes. Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figurava como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados - e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados.

Em continuidade expressa, ainda, o referido autor:

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta, algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionais, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis ou de estabilizar situações justas. Tal é a ideia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude de acesso à justiça e a do processo vil de resultados (Op. cit., 2004, p. 807).

A tutela jurisdicional deve ser compreendida como a forma de resolver e conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito material⁶ (OLIVEIRA, 2005). Nesse sentido, já afirmava Rudolf Von Jhering (1910 apud OLIVEIRA, 1999, p.120):

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência.

normas de convivência e atribuição abstrata de bens é parte integrante do iter da tutela que o Estado oferece às pessoas. Essa proteção principia, como demonstrado, já no momento que tais normas abstratas são ditadas: as de caráter material agrupando e valorando abstratamente certas categorias de fatos que sucedem na sociedade e na vida das pessoas (*fattispecie*), estabelecem requisitos e condições pelas quais um indivíduo ou grupo deva estar em situações de vantagem ou nas desvantagens. Isso quer dizer que, antes de pensar em tutela de direitos, o Estado estabelece as situações em que os próprios direitos surgem na vida das pessoas, protegendo-as desse modo e querendo que obtenham de fato os bens e as situações a que então tenham direito. Isso já é tutela jurídica. A tutela jurisdicional e a administrativa inserem-se na ampla categoria da tutela jurídica, portanto, mas não a exaurem (DINAMARCO, 2004).

⁶ De acordo com Oliveira (2005), a tutela jurisdicional serve ao fim último do processo, vale dizer, tanto à realização da justiça no caso concreto, quanto à satisfação do direito material, e não deve, pois, ser confundida com o direito material ou com uma faceta deste. Tampouco pode ser considerada como uma mera técnica. E isso porque o direito, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, não constitui uma técnica, mas a positivação do poder, ou seja, o conjunto de normas em que transparecem as decisões do Estado (centro de Poder). Além disso, as normas são destinadas a orientar a conduta das pessoas e suas relações em sociedade (direito material) ou a estabelecer os meios necessários para tornar efetivo o direito material, compreendendo tanto o processo quanto o resultado obtido com o seu emprego (direito processual).

Com base na eficácia sentencial⁷ e na maneira como se dará o cumprimento da sentença, é possível classificar as tutelas jurisdicionais em: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executória. A tutela jurisdicional será declaratória quando visar à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica (excepcionalmente: falsidade de documento). Inadmissível, segundo o sistema, a declaração de um mero fato ou do alcance de uma norma jurídica abstratamente. Acolhido o pedido declaratório, exige-se apenas o respeito àquela declaração, desnecessária qualquer medida posterior à sentença.

A tutela jurisdicional constitutiva, por sua vez, vincula-se aos direitos que determinam a modificação de uma situação ou relação jurídica, criando-a, alterando-a ou extinguindo-a. A resolução do direito se opera com a prolação da sentença, sendo desnecessário qualquer ato processual posterior. A tutela condenatória é própria das obrigações pecuniárias, pois não contém ordem de cumprimento da prestação, mas somente juízo de reprovação. Trata-se apenas de exortação ao cumprimento da obrigação. Tanto é assim, que o descumprimento está sujeito apenas à multa (523 CPC/2015).

A tutela mandamental, embora atue como a executiva *lato sensu*, por meio de emissão de ordens do juiz, dessa se diferencia porque age sobre a vontade da parte e não sobre o seu patrimônio. Por fim, a tutela executória *lato sensu* é aquela que age sobre o patrimônio e não sobre a vontade do obrigado. Assis (2006b, p.15-16) ao discorrer acerca dos provimentos judiciais, ensina:

O ponto de partida consiste na classificação das ações e, *a fortiori*, das resoluções judiciais pela força e pelos efeitos. Das cinco classes de elementos - declarativo, constitutivo, condenatório e mandamental - há dois (o declaratório e o constitutivo) que, por si só, entregam o bem da vida ao vitorioso. A parte reclama o efeito da declaração (certeza) e o da constituição (estado jurídico novo) já os obtém tão-só com a emissão do pronunciamento favorável. É manifesto, todavia, que nos demais casos o fenômeno não se reproduz. A obtenção dos efeitos pleiteados na condenação, na execução e no mandamento exige uma atividade complementar para atingi-los. [...] Na sentença dotada de força ou do efeito mandamental, há atividade jurisdicional em momento posterior à sentença e na mesma relação processual; porém, associada a meios de coerção, para induzir o cumprimento voluntário, pois a participação do vencido é essencial para obtenção do bem da vida. [...] Nada obstante apresentar força condenatória, o pronunciamento que obriga alguém a prestar alimentos exhibe,

⁷ Pontes de Miranda (1970/1998), após estabelecer como correta a classificação quinária das sentenças, descreveu os seguintes traços distintivos: a) “A ação declarativa é ação a respeito de *ser* ou *não-ser* a relação jurídica”; b) “De regra, a ação constitutiva prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da *res in iudicium deducta*, pretensão constitutiva (há-a, no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, que é a especialização, pelo exercício da pretensão à tutela jurídica em pretensão constitutiva)”; c) “A ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige tenham obrado *contra direito*, que tenham causado danos e mereçam, por isso, ser condenados (*con-damnare*)”; d) A ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental”; e) “A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está.

igualmente, efeito mandamental. . [...] O vencido é coagido a cumprir sob ameaça de sofrer a perseguição penal. É o que acontece no prestigiadíssimo sistema jurídico norteamericano. Consoante se afirma em obra básica, *the judgment winner can move to hold the loser in contempt of court for failure to comply with the injunction* (o vencedor no julgamento pode pegar o vencido em desacato à Corte para induzi-lo a cumprir a ordem.

Depreende-se do exposto que a sentença condenatória, para prestar a tutela jurisdicional, necessita de atividade ulterior (MARINONI, 2007), ou seja, da instauração de uma nova fase processual. Tal conclusão aproxima-se dos ensinamentos de Cristiano Mandrioli (1955) ao afirmar que a sentença condenatória apenas encerra a fase inicial de uma ação que coexistiria a “*cognizione col plus realizzativo* executório”. Isso, pois ela não tem aptidão de realizar e satisfazer a pretensão reconhecida sem a instauração de uma nova fase na hipótese de incumprimento voluntário da decisão.

O modelo de sentença condenatória que interessa para o presente estudo, é aquele que condena ao pagamento em dinheiro. Em razão de que é no seu modelo de fase de cumprimento que se encontram problemas no que diz respeito à efetividade da concretização do direito subjetivo reconhecido, ou seja, o direito fundamental do credor à tutela efetiva e tempestiva.

CAPÍTULO 3

A COMPREENSÃO JURÍDICO-DOG MÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo ocupa-se de, primeiramente, trazer luz à compreensão conceitual do que sejam os direitos fundamentais, em seguida, principia por abordar em maior profundidade sobre dois deles - o da duração razoável do processo e o direito à tutela executiva. Após, passa-se a considerar o processo como instrumento à satisfação do direito substancial do autor reconhecido na sentença, e os critérios de controle do poder executivo do juiz, sublinhando-se o seu dever em determinar o meio adequado como decorrência do direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva ao credor em caso de pagamento de quantia certa.

3.1 Questões conceituais primordiais

A solução de todo e qualquer litígio, seja no âmbito do poder judiciário, seja em outra esfera (administrativa, por exemplo), requer o conhecimento e o respeito dos direitos inerentes ao ser humano. Ora, em todas as situações, estar-se-á enfrentando uma conjuntura além de jurídica, humana. Assim, antes de mais nada, faz-se necessário delimitar alguns conceitos primordiais para o entendimento da problemática proposta.

Observa-se na doutrina uma gama de locuções que são utilizadas com o objetivo de designar os direitos fundamentais, em especial "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais", dentre outras. Denota-se que inexiste um consenso conceitual e terminológico a respeito desse tema.

Assim, é de suma importância frisar a distinção dicotômica entre dois termos comumente utilizados: “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Embora os primeiros sejam sempre direitos humanos, já que o titular será invariavelmente o ser humano, ainda que a representação se dê por entes coletivos, o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera constitucional do Estado. Em seu tempo, a expressão “direitos humanos” está ligada ao direito supranacional, pois reconhece o ser humano como detentor de garantias independente de sua vinculação com a ordem constitucional (SARLET, 2015). Logo, os direitos humanos são aqueles comuns a todos, sem distinção decorrente de origem geográfica, etnia, nacionalidade, sexo ou qualquer outra forma de distinção. São aqueles direitos que decorrem do reconhecimento da dignidade interior de cada ser humano. Também, não há que se confundirem os direitos fundamentais com a expressão

“direitos do homem”, no sentido de direitos naturais, que são aqueles (ainda) não positivados.

Desse modo, “os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade, bem como demonstram a trajetória que levou à sua gradativa consagração no direito internacional e constitucional” (SARLET, 2015, p.25). É por essa razão que inexistem Estados que não tenham aderido a algum dos pactos internacionais e que não tenham inserido direitos fundamentais em suas constituições, o que indica a mutabilidade histórica desses, mesmo que ainda não se tenha solução, hoje, para resolução de todos os problemas e desafios suscitados pela matéria.

Para Alexy (2002), os direitos fundamentais referem-se a determinados direitos fundamentais positivamente válidos. No mesmo sentido, Luño (1995) complementa afirmando que constituem o conjunto de faculdades ou instituições que, num determinado momento histórico, representam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade, as quais são reconhecidas e positivadas nos ordenamentos jurídicos, tanto nacionais como internacionais.

A tarefa de conceituar os direitos fundamentais positivados na Carta Magna brasileira não é fácil. Todavia, é pacífico que eles demonstram a ideologia política de um ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, constituem-se, no nível do direito positivo, como “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, J., 2002, p.178). O termo “fundamentais” descreve que esses direitos são prerrogativas de todos os homens sujeitos a determinado ordenamento jurídico, sem distinção, e que devem não apenas ser reconhecidos pela norma, mas efetivados materialmente.

Portanto, os direitos fundamentais “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas pelo direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA, J., 2002, p.179). Tratam-se, assim, de direitos constitucionais, não podendo ser dissociados da soberania popular. Por sua própria natureza, os direitos fundamentais são históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Como todos os direitos, nascem e modificam-se de acordo com a realidade social. Por não conterem conteúdo patrimonial, já que estão ligados ao indivíduo, são conferidos a todos os homens, não podendo ser objeto de negociação ou transferência. Em face de sua natureza, nunca deixam de ser exigíveis, configurando o caráter de imprescritibilidade. Podem ou não ser exercidos, mas nunca poderão ser renunciados (SILVA, J., 2002).

Enfim, os direitos fundamentais traduzem as concepções filosóficas-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade em certo momento histórico. Eles são, ao mesmo tempo,

valores fins dessa sociedade e direitos de seus indivíduos⁸ (CANOTILHO, 2003). Essa característica faz com que a generalidade da doutrina sustente que os direitos fundamentais têm dupla dimensão. Fala-se em dimensão subjetiva em contraposição a um caráter objetivo.

Sob a ótica objetiva⁹ as normas constitucionais, consideradas como direitos fundamentais, constituem-se num “conjunto de valores com fins diretivos na ação positiva dos poderes públicos” (SILVA, 2015c, p. 232). Ainda de acordo com o referido autor, elas estabelecem um dever para o Estado, dando sentido organizatório a uma determinada atividade, a fim de garantir uma posição individual ou coletiva. A partir da dimensão objetiva, observa-se que os direitos fundamentais operam não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional, considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se manifesta em planos diferentes, inclusive orientando a concretização dos direitos fundamentais aos órgãos jurisdicionais. Assim, quando identificada a possibilidade de mais de uma solução para um caso, “a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei” (SILVA, 2015b, p. 220), o juiz deverá escolher a opção que outorgue maior efetividade à constituição¹⁰ (GUERRA, 2003).

⁸ Os direitos fundamentais indicam estágios de desenvolvimento cultural e jurídico de um Estado. Experiências históricas e evolução das técnicas jurídicas são normalmente assimiladas em processo de reforma das constituições. Ao tratar do assunto, leciona José Carlos Vieira de Andrade (1987, p.186): “À fundamentalidade do ponto de vista material, que corresponde à sua importância para salvaguarda da dignidade humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade”.

⁹ Carl Schmitt (2011), ao catalogar os direitos positivados na Constituição de Weimar, percebeu que a noção do direito fundamental não correspondia necessariamente a de direito subjetivo, pois algumas normas não conferiam diretamente ao cidadão uma posição jurídica, mas conectavam-se com aquelas que atribuíam poderes aos indivíduos frente ao Estado. Referindo-se às garantias constitucionais, ensina o autor: “*Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad. Ni aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos eo de corporaciones – lo que no es obligado -, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines[...]*” (SCHMITT, Op. cit., p.177).

¹⁰ Segundo Marcelo Lima Guerra (2003), sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer que ela se manifesta em planos diferentes, às vezes influenciando o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, às vezes orientando a sua realização e concreção pelos órgãos públicos. No tocante à atuação dos órgãos jurisdicionais, que é o que interessa mais de perto, no presente trabalho, advirta-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o que determina, por exemplo: (a) que o órgão jurisdicional identifique e deixe de aplicar normas excessivamente restritivas de direito fundamental, independentemente de qualquer manifestação de um dos eventuais titulares do direito restringido; (b) que o órgão jurisdicional realize, também sem nenhuma referência à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma interpretação conforme à Constituição, no sentido de extrair de determinada norma um sentido e um alcance que maior proteção assegure a um direito fundamental relacionado a ela; (c) que o órgão jurisdicional leve em consideração, na realização de um determinado direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais, independentemente mesmo de qualquer consideração quanto à subjetiva desses últimos. Ainda quanto à influência da identificação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais na atuação dos órgãos

A dimensão subjetiva, por sua vez, gravita em torno da posição jurídica do indivíduo, consubstanciando-se na faculdade de o titular de um direito exigir uma ação ou uma abstenção do Estado ou de outro indivíduo, tendo em vista preservar a sua situação em particular. Christine Oliveira Peter da Silva (2001, p. 49) salienta o viés subjetivo como a possibilidade de um titular “fazer valer” sua prerrogativa jurídica:

É importante destacar que, ao se falar sobre direitos fundamentais subjetivos, faz-se referência à possibilidade que tem o seu titular - o indivíduo ou a coletividade a quem é atribuído - de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação ou mesmo as ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de direito fundamental em questão.

Ao discorrer acerca do tema, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.152) que

quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

A perspectiva subjetiva é relevante, pois é nessa função que os direitos fundamentais garantem posições jurídicas individuais a seus titulares. Encerrada a tentativa de compreender conceitualmente o campo dos direitos fundamentais, passa-se a discorrer com maior direcionamento a alguns desses - notadamente aos que mais importam ao objetivo deste estudo.

3.2 Direito fundamental à duração razoável do processo

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu, expressamente, na ordem constitucional brasileira, a garantia fundamental da duração razoável do processo, assegurando a todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Constituição Federal, artigo 5º, LXXVIII). Contudo, era consenso na doutrina de que esse direito estava implícito na garantia do devido processo legal (Constituição Federal, artigo 5º, LIV). Isso, pois, por força do parágrafo 2º, artigo

jurisdicionais, é essa mesma dimensão objetiva, também presente nos direitos fundamentais relativos ao próprio processo jurisdicional, o que fundamenta e ao mesmo tempo permite compreender as normas processuais, recentemente introduzidas na legislação brasileira, as quais aumentam significativamente os poderes de iniciativa do Juiz na condução do processo e na escolha dos meios processuais mais adequados a cada caso concreto para prestar a tutela jurisdicional de forma mais efetiva.

5º do referido texto, os direitos e garantias não são apenas os expressos nos diversos incisos da declaração, mas incluem, também, outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹¹ (THEODORO JUNIOR, 2009).

O legislador não determinou a exata compreensão do significado de prazo razoável e não há uma fórmula precisa para tal. Isso, pois a finalização do litígio depende da complexidade da causa, do comportamento dos litigantes e da atuação do órgão jurisdicional¹² (ROSITO, 2008). Marcelo Lima Guerra (2003, p.107), ao discorrer acerca do tema sintetiza:

É razoável toda a duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais. Nessa ordem de ideias, cumpre observar que na jurisprudência da Corte europeia a exigência de duração razoável também se aplica ao processo de execução. Com efeito, tanto o tempo consumido pelo próprio processo executivo como a somatória deste tempo com aquele (quando for o caso) relativo ao processo de conhecimento que preparou o título judicial, são passíveis de serem avaliados na ótica da duração razoável.

Recentemente, o novo CPC consagrou esse postulado no artigo 4º, ao disciplinar que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015, s/p). Além disso, esse trata de desdobramento do princípio do direito de ação (art. 5º, XXXV, CF), garantia da obtenção da tutela jurisdicional adequada. Para Nelson Nery Júnior (2016) o princípio da duração razoável do processo deve ser visto de forma ampla e contextualizada, considerando-se todos os seus elementos formadores. Nesse sentido, o citado autor estabeleceu critérios objetivos visando tangenciar esse princípio, do início ao fim do procedimento. Veja-se o raciocínio do doutrinador:

O princípio da duração razoável possui dupla função porque, de um lado, respeita ao tempo do processo em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde seu início até o final, com o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a avaliar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo. O prazo razoável é garantido para que o processo se inicie e termine, incluída, portanto, a fase recursal,

¹¹Segundo Humberto Theodoro Junior (2009), por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, a garantia de duração razoável do processo já estava incorporada ao ordenamento positivo brasileiro, porque figurava entre os direitos do homem previstos no Pacto de São José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil (Dec. 678/1992) antes da Emenda Constitucional n. 456/2004. [...] A teorização, portanto, da duração razoável do processo tem de ser feita dentro do quadro maior do devido processo legal, onde atua como subprincípio. Portanto, é, de início, imperioso destacar que o grande princípio se acha comprometido, antes de tudo, com o procedimento (forma) (CF, art. 5º, LIV) e, teleologicamente, com a adequação do esquema procedimental ao objetivo de *acesso à justiça*, no sentido material de tutela adequada ao direito lesado ou ameaçado (CF, art. 5º, XXXV).

¹²Em termos pragmáticos, é impossível fixar *a priori* uma regra específica, determinante, do que representaria prazo razoável. Trata-se de um conceito indeterminado ou aberto, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo-se a critérios objetivos congruentes, dentre eles: a) a complexidade da causa; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; e, c) a atuação do órgão jurisdicional (ROSITO, 2008).

já que só se pode entender como terminado o processo no momento em que ocorre o trânsito em julgado, isto é, quando não couber mais recursos contra a última decisão proferida no processo. O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via web (internet, e-mail), fax, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para uma solução rápida dos processos judiciais e administrativos. Essa globalização deu maior visibilidade às vantagens e desvantagens, acertos e equívocos dos poderes públicos em virtude da exposição a que eles estão sujeitos, situação que é decorrente da transparência que deve existir no estado democrático de direito. Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que “no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça”, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem que ser feita da forma mais rápida possível. Sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório, e a ampla defesa, o juiz natural “administrativo e judicial” etc. A razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante critérios objetivos já que não se afigura possível o tratamento dogmático apriorístico da matéria. Comporta, portanto, verificação da hipótese concreta. Esses critérios objetivos são: a) a natureza do processo e a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa (NERY JÚNIOR, Op. cit., p.360-362).

Assim, para não violar a garantia constitucional da duração razoável, o processo deve durar o tempo necessário para a solução do litígio, satisfazendo o direito consagrado em título executivo. Isso, sem deixar de observar o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes e o dever de adequada fundamentação, sob pena de infringir os demais princípios que informam a garantia da tutela jurisdicional¹³ (TUCCI, 2008). Com efeito, a busca da celeridade deve estar em consonância com os outros princípios fundamentais indispensáveis ao bom andamento do processo, de modo a respeitar o direito das partes e o fim principal do processo, ou seja, a solução do litígio e adequada prestação jurisdicional.

3.2.1 Efetividade do processo de execução

No campo processual, o conceito de efetividade é de difícil determinação porque para conceituá-lo precisa-se saber o que cada um pretende alcançar com o processo (MARCACINI, 1999). José Carlos Barbosa Moreira (1995, p.197) apresenta um panorama básico acerca da efetividade no processo:

¹³De acordo com Tucci (2008, p.342), em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos a não ser que o procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas. Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável. Concluiu-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (ar. 5º, § 1º, CF).

O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultem de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam, quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstrução dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure a parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com mínimo dispêndio de tempo e energias.

A efetividade do processo, por inúmeras vezes, torna-se impossível de ser atendida de forma eficaz, principalmente no que tange à execução/cumprimento de sentença. Uma das causas desse problema é o caráter exclusivamente declaratório da jurisdição brasileira. Segundo o magistério de Ovídio Araujo Baptista da Silva (1995, p.311), esse é o preço, “extraordinariamente elevado, pago pela supressão dos interditos e sua absorção pela estrutura processual da *actio*, custo este que ainda não foi suficientemente avaliado pelos processualistas do sistema romano-canônico”.

Contudo, é por meio da atividade executiva (autônoma ou nos autos em que é proferida decisão) que se percebe o fracasso da “justiça pública”, pois, apesar de reconhecido o direito material, por muitas vezes, ele não pode ser satisfeito, por não se encontrar bens em nome do devedor. É fato notório que há uma crise de eficiência na atividade estatal de prestação jurisdicional. Essa lacuna na efetividade é notadamente marcante no processo de execução, no qual há um desequilíbrio em benefício do devedor, exageradamente protegido. Por isso, dificilmente se proporciona ao credor a satisfação de seu crédito dentro de um prazo razoável, assegurado pela Constituição (nomeadamente em seu artigo 5º, inciso LXXVIII).

A falta de rapidez e de efetividade na solução dos conflitos estimula a lesão dos direitos alheios, com obtenção de vantagens indevidas, pelo sentimento de imunidade decorrente da ineficácia da atividade estatal na prestação jurisdicional na execução civil. Esse fator estimula a inadimplência e os litígios. Em fins da década de noventa, já observava Leonardo Greco (1999, p.35) que “se a garantia da proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser progressivamente mais rápida e eficaz” e se “essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de fato realizem, com essa rapidez e eficácia, a entrega dos bens que são reconhecidos” no título executivo, “é desanimador verificar que, justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia”.

Importante destacar nesse interim que a falta de efetividade da execução não afeta

exclusivamente o credor, pois o problema decorrente do inadimplemento tem desdobramentos econômicos diversos, refletindo, inclusive na vitalidade do país como um todo (PERROT, 1998). Ratificando essa ideia, toma-se como exemplo que essa morosidade também poderá engessar a atividade produtiva, comprometer o comércio, encarecer financiamentos e atingir a sociedade civil. A garantia de acesso a uma prestação jurisdicional efetiva está, portanto, diretamente vinculada ao exercício da cidadania e foi alçada a direito fundamental, por força dos comandos do artigo 5º, XXXV, LIV e LXXVIII da Constituição Federal do Brasil.

Contudo, não basta garantir acesso aos tribunais para obtenção da declaração do direito material, pois de nada adianta uma decisão inoperante, sem efetividade, que, via de regra, é alcançada apenas no processo de execução. Por isso, o direito à jurisdição engloba aspectos ligados à efetividade da tutela jurisdicional, adequada ao direito sob ameaça ou já violado, como ensina Nery Júnior (2016, p. 210):

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela jurisdicional seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para jurisdicionado for medida urgente, o juiz preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

Assim, parte integrante do direito à Jurisdição é a própria efetividade do processo que, na máxima chiovendiana, é a entrega de tudo quanto o direito em disputa envolva em prol daquele reconhecido como seu titular. É imprescindível ao processo efetivo a utilização de técnicas processuais e interpretações adequadas para a obtenção de um resultado útil. Por isso, há que se pensar o processo em sintonia com a realidade do século XXI. O ambiente sociológico e econômico dessa época traz posição de vantagem ao devedor, pois hoje os bens não são essencialmente imobiliários, o que aumenta a dificuldade de conhecê-los e facilita a possibilidade de ocultá-los ou dissipá-los (ativos financeiros) em minutos. Assim, deve-se buscar técnicas capazes de dar efetividade à execução, com objetivo de garantir o direito fundamental do credor.

3.3 Direito fundamental à tutela executiva

O princípio da acessibilidade à justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988 e artigo 3º do CPC, comporta significado amplo, de forma a abranger não só o direito à jurisdição, mas também que essa tenha instrumentos para efetivar os direitos declarados pelo

juiz ou já reconhecidos no título extrajudicial. O direito fundamental à tutela executiva consiste na existência de meios executivos adequados e capazes de satisfazer o direito previsto no título executivo (judicial ou extrajudicial).

Assim, segundo Marcelo Lima Guerra (2003), com objetivo de realizar os preceitos fundamentais do credor na execução, o interprete deve buscar, no ordenamento jurídico vigente, normas que tutelam a garantia desse direito consagrado no título executivo¹⁴. Concretamente, segundo o referido autor (GUERRA, Op. cit., p.103), o direito fundamental à tutela executiva atribui ao juiz as seguintes funções:

- a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva;
- b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição - a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva - não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva;
- c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.

Compreendido o direito fundamental à tutela executiva, tem-se que o mesmo será transgredido, violado, quando não houver técnicas processuais capazes de alcançar ao credor a satisfação integral do direito reconhecido no título.

3.4 O processo como instrumento à satisfação do direito substancial do autor

A democratização, instalada entre a maioria das nações, fez com que as constituições editadas após a Segunda Guerra, inserissem, em seus textos, o direito de acesso à justiça efetiva e tempestiva, entre os direitos fundamentais. Assim, o Estado Democrático de Direito assumiu o encargo de declarar e implantar tais garantias. Para tanto, o processo assumiu papel essencial, pois a realização do direito, qualquer que seja o seu ramo, é sempre vivido no processo. Esclarecem Cappelletti e Garth (1998, p. 11-12):

Tornou-se lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente,

¹⁴Segundo Marcelo Lima Guerra (2003, p.103), “o que se denomina direito fundamental à tutela executiva corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação da tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existem meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado no título executivo”.

portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e mesmo cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Assim compreendido, o processo se constitui na ferramenta jurídica indispensável para a realização da justiça (OLIVEIRA, 2004) e, portanto, essencial para a concretização dos direitos fundamentais proclamados na Constituição. De tal forma, o processo deve ser dotado de técnicas capazes de atender a essas garantias¹⁵. No Estado Democrático de Direito contemporâneo, o processo

não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é propiciar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo de preferência à garantia de um devido processo legal (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 88).

Em outras palavras, as técnicas processuais, dentre elas as de hermenêutica, devem estar ajustadas às necessidades de tutelar os direitos. Portanto, compete ao Estado operar as transformações necessárias à satisfação do autor vitorioso, sem que esse tenha que aguardar a boa vontade do réu, para cumprimento da obrigação nascida da violação do direito ou de sentença de procedência¹⁶ (DINAMARCO, 2013a). De igual modo, não se pode pensar que a omissão do legislador ou a inadequação da lei infraconstitucional seja passível de representar, ao que interessa mais de perto ao presente estudo, a violação ao direito fundamental do credor às tutelas efetivas e tempestivas¹⁷.

¹⁵Se a Constituição proclama direitos fundamentais e, evidentemente, a necessidade de sua adequada e efetiva tutela, é necessário que o processo - instrumento através do qual se possibilitará a efetivação da referida tutela - seja dotado de técnicas capazes para atender a tais finalidades (OLIVEIRA, 2009).

¹⁶Na visão de Cândido Rangel Dinamarco (2013a, p.274), o “acesso à justiça equivale à obtenção de resultados justos. É o que também já se designou como acesso à ordem jurídica justa (Kazuo Watanaber). Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito. Nunca é demais lembrar a máxima chiovendiana, erigida em verdadeiro slogan, segundo a qual na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.

¹⁷Segundo Marcelo Lima Guerra (2003, p.104-105), “o direito fundamental à tutela executiva autoriza o juiz a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela executiva, ainda, e sobretudo, que não previstas em lei: a) qualquer que seja a modalidade da obrigação a ser tutelada *in executives*,

3.4.1 Critérios para controle do poder executivo do juiz

A ideia de justiça está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. Os direitos fundamentais, embora harmônicos entre si no plano abstrato, frequentemente, no momento de serem concretizados, entram em rota de colisão¹⁸ (MORAIS; STRECK, 2016). Contudo, o conflito entre direitos fundamentais não gera uma antinomia jurídica, não sendo possível resolver o conflito mediante a exclusão de um dos direitos fundamentais, tal como ocorre para a solução da contradição (GUERRA, 2003).

Alexy (2002), para solucionar esse problema, propôs a adoção do modelo de ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios. Segundo esse modelo, há duas espécies de normas. Uma dotada de estrutura fechada, com previsão de um fato típico e consequência específica, descritos pormenorizadamente na própria norma. Outra, de estrutura aberta, onde não há indicação de um fato específico ao qual seriam aplicadas, nem a determinação clara da consequência jurídica, há apenas positivação de um valor. À primeira modalidade, o referido autor denominou de regras ou normas com estruturas de regra; à segunda, chamou de princípio ou normas com estrutura de princípios.

As regras distinguem-se dos princípios no modo de aplicação pois, como são normas fechadas, aplicam-se no raciocínio do “tudo-ou-nada” ou “válidos ou não” (MORAIS; STRECK, 2016), com base na mera subsunção de situações concretas à descrição abstrata de fato nela contidos, extraindo-se, automaticamente, a consequência de seu comando normativo. As normas com estruturas de princípios, por sua vez, considerando a condição de mandamentos de otimização, fariam com que a sua aplicação fosse gradual, considerando-se as possibilidades jurídicas e fáticas. Se um princípio entrasse em colisão com outro, em razão da sua condição de exigência maximizante, dever-se-ia estabelecer uma relação de precedência entre eles, sem a

de dar dinheiro ou coisa diversa, fazer ou não fazer; (b) qualquer que seja o título executivo, judicial ou extrajudicial, que fundamenta a execução; (c) qualquer que seja o modelo estrutural adotado pelo legislador para o módulo processual executivo, seja disciplinando-o como processo de execução autônomo, seja disciplinando-o como mera fase executiva de um processo sincrético. Além disso, por força do mesmo direito fundamental o juiz deve também, repita-se, interpretar as normas existentes de modo a delas extrair um sentido que mais assegure a eficácia dos meios executivos disciplinados. Tudo isso, insista-se, feito com observância do quadro completo dos direitos fundamentais, respeitando os limites impostos a cada um pelos demais e realizando, sempre que necessário, a concordância prática entre os direitos em colisão.

¹⁸Na aplicação do Direito, assumir-se-ia o dever de reconhecer a máxima eficácia dos direitos fundamentais, principalmente, naquelas normas atribuídas ao texto constitucional. Essa necessidade realização da máxima maneira possível é a caracterização estrutural que Alexy dá para o que ele chama de princípios jurídicos. Princípios jurídicos, portanto, deveriam ser considerados normas *prima facie*, que exigem a sua melhor satisfação sempre. Devido ao fato de os princípios possuírem essa característica, sempre de máxima normatividade, provocariam constantes conflitos entre comandos principiológicos em sentidos diferentes (MORAIS; STRECK, 2016, p. 49)

necessidade de exclusão do sistema. Isso “porque [...] um dos princípios deveria ceder. Ou seja, os princípios colidentes deveriam ser harmonizados, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas proporcionadas pelo caso concreto” (MORAIS; STRECK, Op. cit., p. 53).

Em continuidade, o supracitado autor afirma que a diferenciação das regras e princípios se acentua, quanto ao modo de aplicação, nas situações de colisões. O conflito entre regras produz uma antinomia jurídica¹⁹, solucionada por critérios do próprio sistema, já que se aplica uma das regras e exclui-se a outra. Os princípios, por seu turno, por serem valores positivados, entram em rota de colisão no momento de serem concretizados. Quando isso ocorre, o interprete deverá contabilizar os princípios em conflito, pois mesmo privilegiando um em detrimento de outro, ambos mantêm-se hígidos, tendo em vista que apenas princípios válidos podem colidir (ALEXY, 2002).

Sobre essa diferenciação entre princípios e regras, é sumária a lição de Canotilho (2003, p. 1161-1162) quando, forte nas lições de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, aparta esses elementos do tecido normativo nos seguintes aspectos:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismo fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all or nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrevelsky); a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] Em caso e conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standars que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Resta claro, assim, que os direitos fundamentais são os valores sobre os quais se assenta todo o ordenamento jurídico e são positivados por meio de normas com estrutura de princípios. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais²⁰ entram em rota de colisão em situações concretas,

¹⁹Fausto Santos de Moraes e Lenio Luiz Streck (2016) ensinam: havendo mais de uma regra sobre o mesmo assunto, estar-se-ia diante de um problema de contradição sistemática. Para tanto, a longo tempo, o Direito teria assumido como meio de resolução desse tipo de problema os critérios de solução de antinomias.

²⁰Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível (ALEXY, 2005).

quando a realização de um restringe o outro, mantendo-se a validade de ambos (ALEXY, 2005). Nessa direção, José Carlos Vieira de Andrade (1987, p.220) descreve com precisão quando ocorre colisão de direitos fundamentais:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. [...] O problema agora é outro: é o de saber como se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.

Tornou-se frequente na jurisdição, na análise de um caso concreto, ter de se escolher um entre direitos fundamentais em conflito. Para solução do caso é necessário a aplicação do método fornecido pelo princípio da proporcionalidade, a fim de saber qual dos direitos fundamentais, em rota de colisão, abstratamente das mesmas categorias, possui maior peso no caso concreto (SILVA, J., 2005). O resultado dessa operação conduz ao acolhimento de um direito fundamental e ao afastamento dos demais (BARCELLOS, 2005).

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis. Assim se caracterizam porque o que está em rota de colisão são direitos fundamentais, expressos na Constituição, que gozam da mesma hierarquia e força vinculativa, sendo imprescindível uma interpretação que respeite a unidade da Constituição, “da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática” (STEINMETZ, 2001, p.69). Para a solução de colisões entre os direitos fundamentais, exige-se aplicação de postulados específicos da interpretação constitucional, sobretudo a aplicação do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1999, p.77). Esse, segundo Fausto Santos de Moraes e Lenio Luiz Streck (2016, p. 119),

pode ser qualificado como um elemento metódico de índole transconstitucional, em decorrência de sua utilização por diversas ordens jurídicas, com objetivo comum de resolver os problemas relacionados à restrição, violação e concretização dos Direitos Fundamentais (Individuais ou Humanos).

Desse modo, o princípio da proporcionalidade tem fundamental importância, pois funciona como parâmetro técnico à conduta do legislador ou à interpretação do juiz, quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, já que é através dele que se verifica se os fatores de restrição levados em consideração são adequados à realização dos direitos em colisão (BARROS, 1996). Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p.23) ao discorrer acerca do conceito de proporcionalidade sintetiza:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado

a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

Em acréscimo, pondera-se a compreensão de que

o postulado da proporcionalidade resulta da necessidade de otimização do princípio da liberdade e impõe que os meios sejam proporcionais aos fins buscados. Aplicação proporcional de normas jurídicas significa aplicação em que os meios são necessários, adequados e proporcionais em sentido estrito. A proporcionalidade serve para estruturar a aplicação de outras normas que se colocam em uma relação de meio e fim (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.106).

Compreende-se, assim, que a essência do princípio da proporcionalidade é servir de instrumento de interpretação para solucionar a colisão entre direitos fundamentais, levando em conta sua adequação, a vedação de excessos e o sopesamento de valores. A exemplo de disciplinamentos constantes em constituições de outros países, nomeadamente de Portugal, o CPC/2015 também, expressamente, regulamenta a aplicação do princípio da proporcionalidade. Estabelece o seu artigo 8º²¹:

²¹Ao discorrerem acerca do artigo 8º do CPC/2015 os autores esclarecem que “13. A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. Outra característica importante do dispositivo em comento é a que trata da interpretação das normas de processo. Não é só na aplicação do direito material que o juiz deve observar os fins sociais, as exigências do bem comum, a dignidade da pessoa humana, a legalidade e a proporcionalidade, mas também na interpretação das normas processuais. A dignidade da pessoa humana sob o enfoque processual pode ter dois significados: o primeiro, reconhecer às partes um direito de atuação efetiva, uma participação paritária e respeitosa, ao invés da posição de meros coadjuvantes; o segundo se refere à própria prestação jurisdicional, a qual deve ter duração razoável, bem como ser justa e eficaz. Vários são os exemplos de interpretação de normas processuais sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, assim: a conveniência da decretação da prisão do devedor de alimentos desempregado; a proteção dos direitos da personalidade; a legitimidade adequada nos processos coletivos; a impenhorabilidade de determinados bens no processo de execução; a desocupação de imóveis e terrenos ocupados por centenas de pessoas etc. A razoabilidade e a proporcionalidade são expressões próximas e muitas vezes utilizadas no mesmo sentido, aliás, é assim que devem ser tratadas no novo Código, ou seja, como normas de ponderação na aplicação das regras procedimentais. Ora, não são raras as oportunidades em que o juiz tem dificuldades para decidir uma questão processual controvertida ou mesmo escolher o melhor caminho entre uma e outra interpretação. Tomemos como exemplo os temas a respeito das condições da ação, dos pressupostos processuais, das provas, da concessão ou não de liminares, do julgamento antecipado ou liminar do processo, e assim sucessivamente. Para sair desse dilema, o julgador, muitas vezes, faz a comparação entre os interesses em jogo e, ao final, escolhe aquele que considera mais valioso. Nessa opção, obviamente, o magistrado observa o caso concreto e aplica a norma jurídica que mais se harmoniza com a finalidade social, com as exigências do bem comum e com a dignidade humana, todos vetores valorativos que informam o direito processual. Esta atividade de interpretação bem retrata a utilização da proporcionalidade. Podemos citar alguns exemplos da utilização da proporcionalidade, como nos casos da opção feita pelo juiz de, na dúvida, considerar determinada parte legítima, privilegiando o princípio do acesso justiça; na concessão de uma medida cautelar para evitar o perecimento do direito litigioso; na conservação de determinada prova ilícita quando estiver em jogo outro princípio constitucional de maior valor, como o da liberdade; na possibilidade da desconsideração da coisa julgada nas hipóteses de reconhecimento de paternidade a partir de um exame técnico de alta precisão, a

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 (BRASIL, 2015, s/p).

Canotilho (1993), por força do princípio da proporcionalidade, ensina que qualquer limitação a direitos, feita pela lei, deve ser apropriada, exigível e na justa medida. Assim, indica o uso de atributos que permitam identificar o conteúdo jurídico do cânone das proporcionalidades em sentido amplo, dentre esses: exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir as efetividades do direito; e, ainda, a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.

Nesse sentido, cumpre destacar, ainda, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três outros subprincípios, a saber, o princípio da adequação (ou pertinência), o da exigibilidade (ou da necessidade, ou ainda da escolha do meio mais suave) e o da proporcionalidade em sentido estrito (ou da determinação de sopesamento). Os subprincípios, que compõem o princípio da proporcionalidade, não se aplicam todos, necessária e simultaneamente, em qualquer caso que se decida acerca da correção ou medida na perspectiva dos direitos fundamentais. Há questões que são solvidas com o uso da adequação e, quando essa é insuficiente, recorre-se à exigibilidade de modo satisfatório.

A utilização da proporcionalidade em sentido estrito só ocorre em casos extremos, quando não se obteve sucesso na solução do caso com o uso da adequação e da exigibilidade. Nessas hipóteses, aplica-se a fórmula do peso, ou seja, a aplicação do critério da proporcionalidade em sentido estrito, pois somente um dos princípios poderá ser realizado *in concreto*, sendo necessário determinar qual deles o será, por ter o maior peso relativo. Nessa direção, Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p.23) afirma que

a real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser

exemplo do DNA etc. Por fim, deve ser mencionado que a razoabilidade não é critério utilizado exclusivamente pelo juiz, o legislador também faz uso da ponderação, o que se verifica, comumente, na edição de regras jurídicas que já contém na própria norma hipóteses preestabelecidas de exclusão de sua incidência – é o caso da inversão do ônus da prova (art. 373, § 1.º), *verbi gratia*” (WAMBIER et al., 2015).

da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p.106-107) ao comentarem sobre a colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, ensinam também sobre o princípio da razoabilidade, acentuando a importância da equidade, coerência, da concordância prática e da ponderação:

A aplicação do direito depende de um processo interpretativo lógico-argumentativo racionalmente estruturado. Por essa razão, não só a proporcionalidade e a razoabilidade devem ser observadas na aplicação do direito, mas também a coerência (art. 926, CPC), a concordância prática e a ponderação (art. 489, § 2.º, CPC). Em todo e qualquer caso, a utilização desses postulados submete-se à necessidade de fundamentação analítica (art. 489, §§ 1.º e 2.º, CPC). [...] O postulado da razoabilidade resulta da necessidade de aplicação do princípio da igualdade e impõe dever de equidade (consideração na aplicação das normas jurídicas daquilo que normalmente acontece), dever de atenção à realidade (consideração da efetiva ocorrência do suporte fático que autoriza sua incidência) e dever equivalência na aplicação do direito (consideração da existência de dever de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona). O postulado da razoabilidade não pressupõe, como o postulado da proporcionalidade, uma relação entre meio e fim – pressupõe, no entanto, uma relação entre o geral e o particular. 6. Razoabilidade e equidade. Quando se imaginava que a aplicação do direito não deveria levar em consideração outra coisa senão a lei, era comum vedar-se a invocação da equidade para solução de problemas jurídicos – ou então relegar a sua utilização a um posto excepcional. O art. 140, parágrafo único, CPC, é um resquício desse tempo. Daí que a antinomia existente entre o art. 8.º e o art. 140, parágrafo único, CPC, é apenas aparente: aplicar o ordenamento jurídico observando a razoabilidade significa autorização para o emprego da equidade na justificação das decisões judiciais em geral – ao menos se entendermos equidade como um dos elementos caracterizadores da razoabilidade.

A colisão de direitos fundamentais também ocorre no cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia certa. Assim, e focando nas questões centrais que envolvem este estudo, de um lado tem-se o direito fundamental do credor à tutela efetiva, tempestiva. De outro, estão os direitos fundamentais do devedor, como os de que a execução ocorra da maneira menos gravosa possível. A solução dessa colisão deve ser buscada na harmonização dos preceitos divergentes, respeitando-se a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores envolvidos (SILVA, J., 2005).

Como se verá a seguir, a utilização de instrumento de coerção atípicos, como meios executivos para forçar o devedor a cumprir obrigação de pagar quantia certa, é um exemplo de

como o juiz pode, no caso concreto, para harmonizar direitos fundamentais em rota de colisão, optar pelo direito fundamental preponderante ou de maior peso, a fim de justificar, racionalmente, entre conceder ou não a medida coercitiva.

3.4.2 O dever de o juiz determinar o meio executivo adequado como decorrência da tutela jurisdicional efetiva

É crescente a tendência à ampliação dos poderes do magistrado nas diversas fases e atividades do processo judicial. Também, amplia-se a sua margem de liberdade na interpretação e aplicação dos textos normativos, em especial quando neles estão inseridos conceitos indeterminados. Com isso alarga-se, na mesma proporção, a responsabilidade do magistrado e a necessidade de sua integração com o contexto da realidade social, econômica e cultural dos tempos atuais, que lhe permitirá uma atuação voltada para a justiça no caso concreto.

Não se pode esquecer de que o devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição Federal) alcança tanto a dimensão procedimental quanto a substantiva, sendo que esse se constitui na garantia de que ele seja razoável, justo e contido, nos limites da referida Carta (GRINOVER, 1973). Para Clemerson Merlin Clève (1993, p.45),

a função do judiciário, em princípio, é a de dirimir conflitos de interesse. Mas a função do Judiciário também é a de distribuir justiça [...]. O Estado Democrático de Direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça [...] hoje já está demonstrado que o Juiz não constituiu mero aplicador da lei despido de vontade; um órgão neutro, surdo e mudo, que nada mais faz do que solucionar o caso concreto, aplicando não a sua vontade (decisão), mas sim aquela antes pronunciada pelo legislador. Muito mais do que isso o Juiz participa, ainda que procure negá-lo, ativamente do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica.

Ovídio Araujo Baptista da Silva (2005, p. 205-206), por seu turno, destaca que, não obstante a organização constitucional brasileira tenha se mantido fiel ao projeto político concebido pela doutrina da ‘separação de poderes’ do Estado, segundo a qual a função criadora da ordem jurídica²² é reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, cabendo aos juízes,

²² Clemerson Merlin Clève (1993, p.45) destaca que: “Ainda no sistema de *common law*, por obra da interpretação da Suprema Corte norte-americana, do conteúdo clássico do *due process of law* como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*. A cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica: *judicial process* traduz-se por aplicação judiciária da lei e, por extensão, por interpretação judiciária da norma. *Due process of law*, em sentido amplo, representa a garantia do ‘processo’ legislativo e a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do procedural *due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*. A cláusula não se limita apenas à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado”. Argumenta, ainda, que “aproximam-se assim, em suas conclusões – se bem que através de diversos caminhos e de métodos diferentes – os sistemas da *common law* e de *direito codificado*. Em

integrantes do Poder Judiciário, apenas a missão subalterna de aplicar o direito já constituído, as correntes de filosofia do direito e de hermenêutica contemporâneas consideram que a jurisdição desempenha também atividade criadora de direito ao lado da função exercida pelos parlamentares. Dessas lições conclui-se que o dever de proteção não poderá ficar restrito ao direito material, pois é no processo que o direito se realiza. Dinamarco (1996, p.3-4) caracteriza esse posicionamento com precisão:

O processo é o instrumento ativado pelo Estado para o exercício de uma sua específica função soberana, que é a jurisdição. É através do processo que o Estado julga as pretensões que lhe são apresentadas, dizendo, na sentença, quem tem razão e quem não tem. É através do processo que o Estado realiza a execução de suas próprias decisões, invadindo o patrimônio do devedor inadimplente e retirando o necessário para satisfação do crédito do credor. O direito processual é, pois, o complexo de normas e princípios que regem toda essa atividade dos órgãos estatais, chamada jurisdição, bem como a atividade das partes que perante os juízes defendem os seus direitos e interesses.

As regras, que conferem ao juiz o poder de determinar a medida executiva necessária e adequada, estão previstas nos artigos 139, IV e 497 do CPC e, ainda, no artigo 84 do Código de Direito do Consumidor (CDC), este quando se está diante de uma relação de consumo. Contudo, essas disposições são apenas indicativos de que o juiz não pode deixar de aplicar técnica processual adequada, pois não é aceitável tese que o magistrado está subordinado à tipicidade dos meios executivos. Pensar o contrário seria negar ao poder judiciário o cumprimento de seu dever de buscar a satisfação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Nas palavras de Marinoni (2004, p.186) “o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva”. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante da omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse ser, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.

ambas, a interpretação da cláusula constitucional redundando em garantia de justiça, em tutela qualificada que garante às partes o ‘devido processo legal’; e em ambas, esta interpretação da garantia transcende o âmbito processual, para compreender também o substancial, adentrando no problema da relação direito-processos” (CLÈVE, Op. cit., p.45, grifos do autor).

CAPÍTULO 4

O DIREITO AO PROCEDIMENTO ADEQUADO À PROTEÇÃO DO CREDOR: O SISTEMA BRASILEIRO DE TUTELA EXECUTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O presente capítulo principia por abordar a realidade do sistema brasileiro contemporâneo no que tange à tutela executiva, especialmente em função do CPC/2015, e, em seguida, exprime a necessidade de superação do paradigma racionalista na dogmática processual. Assim, segue-se apresentando-se e justificando-se sobre medidas coercitivas e efetividade da tutela jurisdicional, tratando-se especialmente da insuficiência da sentença condenatória na sua forma tradicional e da sua reconstrução a partir da leitura dos artigos 139, IV e 497 do CPC/2015 e, por fim, da possibilidade e necessidade da inclusão de medida coercitiva como técnica para assegurar o cumprimento de obrigação pecuniária reconhecida no título judicial e evitar a execução forçada.

4.1 A realidade atual e a necessidade de superação do paradigma racionalista na dogmática processual

O legislador processual de 2015 construiu o sistema brasileiro de tutela executiva, seguindo orientação já consagrada no Código de Buzaid e nas reformas posteriores a esse, valendo-se da classificação da tipologia das obrigações, distinguindo-as em obrigações de dar dinheiro, dar coisa diversa e fazer (e não fazer). Assim, desenhou para cada um desses tipos de obrigações, reconhecidas no título judicial (ao que interessa no presente), um procedimento específico de cumprimento de sentença, disciplinados nos artigos 513 a 538 do estatuto processual em vigor (CPC/2015).

Contudo, o novo diploma processual não restringiu os meios executivos ao sistema típico, pois expressamente garante a possibilidade de aplicação de meios executivos atípicos, em três enunciados normativos: o artigo 139, IV, o artigo 297 e o parágrafo 1º do artigo 536 do CPC. A possibilidade de aplicação de medidas atípicas, no tocante à tutela executiva de obrigações de pagar quantia, vem expressa no artigo 139, IV, CPC/2015, o qual estabelece que cabe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias, necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Assim, percebe-se que o legislador tentou construir um sistema completo de tutela

executiva, incluindo as obrigações de pagar quantia certa, o qual não pode ser restringido ao argumento de que se deve esgotar os meios executivos típicos para, só então, subsidiariamente serem utilizados meios executivos atípicos. Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.228) afirma:

A superação do princípio da tipicidade, deixando claro que, para o processo tutelar de forma efetiva as várias situações de direito substancial, é indispensável não apenas procedimentos e sentenças diferenciadas, mas também que o juiz tenha amplo poder para determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto.

Por outro lado, não parece adequado sustentar, como fizeram Didier Júnior et al. (2017), que a aplicação de medida coercitiva atípica²³ ocorre subsidiariamente, na execução de título extrajudicial e/ou pedido de cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia certa, com o argumento de que o legislador, em inúmeros artigos, pormenorizou os atos da execução por quantia certa. Ou, ainda, porque, admitir o contrário, a execução/cumprimento poderia se desenvolver de acordo com pensamento do juiz e não conforme com o que o legislador determinou.

Ora, é inegável que o detalhamento dos atos na execução por quantia ou, melhor dizendo, a tipicidade dos meios nela previstos são insuficientes para propiciar uma tutela adequada ao credor. Se o fossem, não reinava a falência da execução e/ou cumprimento de sentença por quantia certa, já que atos expropriatórios, previstos na legislação em vigor, em pouco diferem do CPC/revogado.

Com efeito, privar o titular do direito material da utilização de meio executivo atípico, após longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços e prejuízos decorrentes da demora, é pensar de maneira abstrata, ignorar o direito fundamental

²³ Para Didier Júnior et al. (2017), interpretando o artigo 139, IV e parágrafo 1º do artigo 536 do CPC/2015, “a execução para efetivações das prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro é, como regra, atípica, a atipicidade na execução por quantia é, no entanto, subsidiária.[...] O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regramento da execução por quantia. Essa interpretação retiraria do sistema do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no artigo 926 do CPC. Não bastasse isso, essa interpretação é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, predeterminar. Nesse mesmo sentido, ou seja, de aplicação subsidiária do artigo 139, IV do CPC, voto prolatado pela Des. Catarina Rita Krieger Martins, no julgamento da Apelação Cível n. 70076743384, 10ª Câmara Cível do TJRS: “No que toca à aplicação de medida coercitiva, na forma do art. 139, IV, do CPC, para fins de agilizar o cumprimento de sentença, tenho-a por descabida. A fase de cumprimento de sentença tem procedimento específico regulado no Código de Processo Civil – art. 513 e seguintes – não prevendo a fixação de medida coercitiva desde logo. Ademais, a fixação de multa pelo descumprimento da decisão judicial está intimamente ligada à obrigação de fazer e não ao pagamento de quantia certa. De tal modo, eventual condenação deve obedecer ao rito estabelecido para o cumprimento de sentença, sendo descabido, desde a sentença, a fixação da medida coercitiva” (apud ARENHART; MITIDIERO; DOTTE, 2017, p.551-552).

do credor à tutela efetiva e tempestiva. Idêntico é o sentir de Marinoni (2006, p. 228), quando sintetiza:

A falência do princípio da tipicidade dos meios executivos se deve à premissa que lhe serve de fundamento. Essa premissa supõe que as necessidades oriundas das várias situações de direito material podem ser igualizadas e, portanto, contentarem-se com os mesmos meios executivos. Como é evidente, tal premissa, que sugere a possibilidade de se pensar de maneira abstrata – ou apenas com base em critérios processuais – a respeito da execução dos direitos, ignora que a função judicial está cada vez mais ligada ao caso concreto. Ora, a diversidade das situações do direito material implica a tomada de consciência da imprescindibilidade do seu tratamento diferenciado no processo, especialmente em relação aos meios de execução. Ou seja, é equivocado imaginar que a lei pode antever os meios de execução que serão necessários diante dos casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daqueles casos que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada.

A interpretação do meio executivo adequado, seja ele típico ou atípico, deve ser feita observando-se o caso concreto, com objetivo de satisfazer o direito reconhecido na decisão judicial ou título extrajudicial, tendo como premissa a garantia do direito fundamental do credor. Tal dificuldade assenta-se, tem-se por hipótese, no fato de que ao longo de toda a história, o direito processual civil submete-se aos métodos utilizados pelas ciências exatas, transformando-se em “um sistema de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-se da história” (SILVA, 2006, p. 1). Esse compromisso científico com a exatidão, conduz o direito processual a formulações lógicas, atemporais, a um instrumento puramente formal, eterno e racional.

A pretensão do paradigma racionalista é a segurança jurídica²⁴e, para alcançá-la, universalizaram-se os procedimentos, ignorando-se as diversas categorias do direito substantivo existentes, submetendo-os ao mesmo tratamento genérico. Tal condução fulminou na efetividade, limitando os poderes do magistrado e transformando-o, nas palavras de Montesquieu, *la bouche de la loi*, traduzindo-se na “boca da lei” (SILVA, 2007). Em

²⁴Nesse sentido, Silva (2007, p.89-90) ensina: “como o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa, embora a Inglaterra, fiel ao mesmo princípio, tivesse procurado idêntica segurança para o direito no sistema dos precedentes, evitando a codificação. [...] Se considerarmos a intrínseca afinidade existente entre o mito da neutralidade do juiz – consequência determinada pela exigência de respeito e aplicação mecânica da lei do estado – e a filosofia da *ordinariedade* que orientou até agora o pensamento europeu, é possível reconhecer significação a estes dois modos de encarar o problema da segurança jurídica. Embora pareçam questões independentes, há uma importante relação entre a *ordinariedade* e a supressão das ações executivas, transformadas, por força do procedimento ordinário, em condenatórias. [...] O princípio que prescreve a neutralidade do juiz, no curso da demanda, é o mesmo que impede a existência simultânea de conhecimento e execução, pois eventual conteúdo executório, numa ação que, pela doutrina, haveria de ser exclusivamente de conhecimento, permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob a forma de liminar, como ainda hoje se dá com nossas ações possessórias de tipo interdital. E isto seria atribuir ao Juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei”.

complemento:

Ora, a submissão do Direito à metodologia das ciências que buscam a verdade representou sem dúvida a definitiva condenação da *lógica da argumentação*; mas, acima de tudo, significou o repúdio à tradição medieval e a todos os compromissos com o passado que caracterizou, como se sabe, o Iluminismo. Para o paradigma a que se submete o pensamento jurídico moderno, particularmente para o processualista, o sentido da lei deve ser pensado como rigorosamente unívoco, de modo que lhe basta descobrir a verdade e proclamá-la na sentença. Imaginar que o conflito judiciário possa dar origem a duas ou mais soluções, todas elas justificáveis, embora com diferentes graus de aproximação da justiça perfeita, seria *medievalizar a ciência* do Direito, regredindo até os estágios inferiores da hermenêutica; e pior ainda, glorificar a tópica e a retórica aristotélicas, como formas de compreensão do fenômeno jurídico (SILVA, 2007, p.99, grifos do autor).

A consequência do racionalismo é afastar o direito de uma ciência de compreensão e aproximá-lo de uma atividade de mero raciocínio matemático, eliminando-se a interpretação e limitando-se a tutela jurisdicional à descoberta da vontade da lei e a uma função meramente declaratória (SILVA, O., 2002). Assim, o paradigma racionalista exige um procedimento universal, um juiz neutro²⁵ que apenas aplica a lei, com juízo de certeza matemática, após cognição plena e exauriente. Com isso, ter-se-ia segurança jurídica elevada a valor inquestionável pelo sistema. Esse pensamento manteria o processo vinculado à ideia de ordinariedade deslocando o foco da efetividade da tutela jurisdicional²⁶ (MARINONI, 1999).

A superação do paradigma racionalista será alcançada não apenas com a reinserção da hermenêutica, mas com a admissão de que a atividade jurisdicional é um ato de criação do direito²⁷ (MERRYMAN; PEREZ-PERDOMO, 2009), onde não há verdades absolutas, como afirmavam os filósofos racionalistas. Ao tratar do tema, Silva (2015a, p.121-122) refere:

O direito na modernidade deve ser entendido como uma prática dos homens, expressa através do discurso - tal como sustentado por Habermas -, sendo mais que palavras, comportamentos, símbolos, conhecimentos. É o que a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos

²⁵ “Não mais se pode enxergar o juiz como mero aplicador da lei. Ultrapassamos o pensamento liberal do século XVII, em que o Direito era visto sob uma ótica matemática. Não há que se buscar a verdade da norma, busca-se o seu significado, tendo em vista que não mais se pode aceitar a visão ingênua de que a norma tenha apenas um único sentido” (SILVA, O., 2005, p. 9-10).

²⁶ Também sobre o problema da ordinarização, observa-se que “a doutrina clássica, no momento em que construiu o procedimento ordinário – compreendido como o procedimento de cognição plena e exauriente - e banuiu do sistema processual procedimentos sumários especiais, notadamente aqueles de cognição parcial, deu prioridade ao valor da segurança sobre o valor tempestividade” (MARINONI, 1999, p.13).

²⁷ “A tradição jurídica do *common law* cresceu e desenvolveu-se nas mãos dos juízes, que fundamentam cuidadosamente caso a caso e constroem um corpo de direito que vincula os juízes que se lhes seguirão, através da doutrina do *stare decisis*, para que decidam similarmente casos semelhantes [...] para nós a *common law* significa o direito criado e moldado pelos juízes, e nós ainda pensamos (com frequência de forma bastante imprecisa) que a legislação tem um tipo de função complementar” (MERRYMAN; PEREZ-PERDOMO, 2009, p.63).

produzem, os legisladores sancionam ou os doutrinadores criticam. Enfim, trata-se de um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras. Assim, parece evidente que não existe uma resposta certa para o Direito. Todavia, podem-se indicar alguns caminhos que permitam melhor articular a prática jurídico/política nas sociedades contemporâneas. A interpretação e aplicação do Direito podem ser pensadas como busca incessante de justiça, que jamais se realiza no presente, por se caracterizar como infinita, incalculável, avessa à simetria. Não se trata propriamente, como diz Baptista da Silva, de conferir maiores poderes aos juízes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época.

Nessa perspectiva, a realização do direito não é/será mera aplicação de normas legais. Numa sociedade globalizada, onde tudo é instantâneo, um dos desafios do direito processual é assumir papel transformador e produzir decisões que, respeitando a Constituição, superem o paradigma lógico e façam a diferença. “Não como arbítrio ou ausência de limites, mas como forma de exteriorização da atividade judicial, que se movimenta em um mundo, enquanto linguagem, de sentidos plúrimos” (HIDALGO, 2015, p.126).

Se busca/deverá buscar superar o paradigma estritamente racional, para ir-se na direção de um contexto argumentativo da decisão, com objetivo de encontrar a resposta adequada ao interpretar, aplicar e construir o direito do caso concreto. Para atingir essa meta, ou seja, proferir decisões que façam a diferença - no campo deste estudo: é necessário buscar técnicas processuais que atendam a situação já demonstrada pelo discurso do direito material, pois somente assim será possível garantir ao vencedor direito fundamental às tutelas jurisdicionais efetivas e tempestivas.

Com tal intento, retoma-se a discussão. O legislador, ao introduzir o artigo 139, IV do CPC/2015, previu a adoção das técnicas de tutela mandamental e executiva para as sentenças referentes ao dever de pagar quantia, com a mesma intensidade que o fez para os deveres de fazer, não fazer e entregar coisa. Com isso, possibilitou à ciência processual o afastamento do conceito romano de jurisdição, já que conferiu ao magistrado o poder de emanar ordens, medidas coercitivas para cumprimento das decisões judiciais, inclusive aquelas que visam satisfazer o credor de uma prestação pecuniária.

Contudo, para que isso ocorra é preciso rever as construções dogmáticas que foram transmitidas por séculos, a respeito da jurisdição, indagando se ainda têm como justificáveis aqueles pressupostos teóricos. Ora, no que diz respeito aos meios executórios do cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, sabe-se que a doutrina tradicional, subjugada pelo paradigma, tem pronta a resposta que impossibilita a aplicação das medidas coercitivas, referindo que há sistema próprio para cumprimento da prestação pecuniária e, por isso, não tem cabimento a imposição de medidas atípicas (DIDIER JÚNIOR et al., 2017).

Ovídio Araujo Baptista da Silva, no prefácio da obra intitulada “Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional” (MACHADO, 2004, p. XV), afirmou não ser do interesse da maioria dos profissionais do foro “o porquê” das coisas, vez que devido à sua formação jurídica, esses profissionais limitam-se a descobrir o “como”.

Perguntam-se: “Como livrarmos-nos desse anacronismo processual? Como evitar que uma ação de cobrança necessite de duas ações? Como superar o pandemônio recursal, sabido, como é, pela experiência milenar, que os julgamentos de última instância não serão, necessariamente, os melhores? O sinal mais aparente do dogmatismo – a razão da formação do dogma – é a perda da perspectiva histórica por parte daqueles que lidam com o sistema. Obscurecida a historicidade do Direito, perde-se a capacidade de elucidar o “por que”.

É natural que, em termos de reforma do sistema processual, se está andando em círculo, sem conseguir superar as linhas estruturais de um sistema que, pensado como uma proposição matemática obriga a pensá-lo como eterno. Para o dogmático, se solução houver, terá de ser encontrada no sistema, nunca através de sua superação, para ele impensável (MACHADO, 2004). É notório, no entanto, o direito processual precisa evoluir, pois, para a satisfação das pretensões obrigacionais postas em juízo, poderá ser necessário a interação de vários mecanismos, que afastem a jurisdição à atividade meramente declarativa. Ovídio Araujo Baptista da Silva (2006, p. 292) sintetiza:

A resistência oferecida pelo sistema, já o dissemos, é uma consequência da própria lógica matemática que estrutura o pensamento jurídico moderno, perante o qual ou o juiz será servo da lei ou, ao contrário, arbitrário. Esta lógica não admite a existência do que seria um termo médio, uma sentença que, não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, arbitrária, que pudesse conter discricionariedade sem arbitrariedade.

Segundo Jaqueline Mielke Silva (2005, p. 205-206), uma nova postura no que se refere à tutela jurídica se faz imperiosa; todavia, não se pode olvidar que o ser humano possui uma capacidade de resistência quase inacreditável. As novas posturas, exigências das mudanças sociais e culturais, na maioria das vezes, senão sempre, costumam a ser aceitas e incorporadas, principalmente no que diz respeito à produção normativa. Por essa razão, o debate e o questionamento por parte dos operadores do direito devem ser permanentes, pois essa é a forma de denunciar e cobrar as alterações e adaptações pertinentes.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2013b, p.21), os doutrinadores e operadores do processo têm a mente povoada por inúmeros preconceitos “e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes

insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito”. Continua:

Esse é um fruto mal conscientizado do positivismo jurídico, que postula o predomínio da norma como puro resultado do exercício do poder de comandar, para o qual ‘não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva (Hobbes). Empolgados pelo fulgor das doutrinas desenvolvidas no período autonomista da ciência processual, pela sofisticada trama de conceitos e estruturas que se aprimoram ao longo de um século e (talvez sobretudo) pela suprema revelação de princípios que as Constituições políticas vão assegurando, somos levados a ver o direito posto o caminho único e inalterável para a plena realização da justiça. Temos a impressão de que o Juiz seja um escravo da lei, porque lei e não porque justa (DINAMARCO, Op. cit., p.21).

As normas e princípios que o CPC/2015 adota como fundamentais, na sua maioria, decorrem de garantias explicitadas na Constituição, ou nelas se compreendem implicitamente. Daí a necessidade de conceituar a jurisdição na esteira dos princípios constitucionais e direitos fundamentais e, ao nosso ver, não há nada que justifique a manutenção de sentença condenatória que apenas exorta o réu ao cumprimento, sem impor sanções a não ser a insistência de manter-se a visão do processo sob prisma racionalista.

4.2 Medidas coercitivas e efetividade da tutela jurisdicional

Para expressar a necessidade de medidas coercitivas na garantia da efetividade da tutela jurisdicional, discorre-se, em princípio, sobre a insuficiência da sentença condenatória como forma completa desse provimento. Após - como foco precípua deste - faz-se a reconstrução da sentença condenatória a partir da leitura dos artigos 139, IV e 497 do CPC/2015 e fecha-se com a inclusão de ideias sobre medidas coercitivas na sentença como técnica para assegurar o cumprimento de obrigação pecuniária reconhecida no título judicial e evitar a execução forçada.

4.2.1 Da insuficiência da sentença condenatória como forma completa da tutela jurisdicional

É indiscutível a insuficiência da sentença condenatória para entregar o bem da vida, obtido pelo vitorioso da demanda. Assim ocorre porque sua função é meramente processual, na medida em que não satisfaz o direito material (salvo nos casos de cumprimento espontâneo da decisão), pois apenas confere ao vencedor um título judicial que lhe dará acesso a uma nova atividade jurisdicional - o pedido de cumprimento da sentença. Ovídio Araujo Baptista da Silva (2001, p. 44-45) critica arduamente a sentença condenatória, referindo ser inconcebível um provimento jurisdicional cuja finalidade única é possibilitar acesso a uma nova atividade jurisdicional:

É mais do que evidente, no entanto, que o resultado alcançado pela ‘ação’ condenatória revela, por si só, a inexistência de uma verdadeira ‘ação de direito material’ condenatória. Seria absurdo supor que a virtude de uma ação se limitasse a gerar outra ação, sem satisfazer pretensão alguma, a não ser, no plano puramente processual a obter o título executivo.

Idêntico pensamento é o do escritor francês Roger Perrot (1998, p.211), expressando que, para o vencedor, a sentença condenatória “não é senão uma etapa, importante decerto, mas que em si nada mais representa que uma satisfação acadêmica: o que conta, para ele, é menos o dia em que se profere a sentença do que aquele em que ele recebe a soma devida”. Compreende-se que a sentença condenatória é destituída de meios de execução para que a tutela do direito material nela reconhecido possa ser prestada. Tanto que a doutrina italiana, ao conceituar a condenação, esclarece que a tutela do direito de crédito é prestada pela execução e que a sentença condenatória constituiu apenas uma fase da tutela jurisdicional (MICHELI, 1959, p.48). Ora, resta claro diante da estrutura clássica da sentença condenatória, que ela foi moldada à época do liberalismo, limitando os poderes do judiciário, pois ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina a possibilidade de interpretação do juiz de trabalhar com meios executivos atípicos (MARINONI, 2013).

Contudo, embora se admita que a sentença que reconhece uma obrigação de pagar conserve sua natureza condenatória clássica, por ser correlacionada aos meios da execução forçada, o inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 abriu oportunidade para minimizar essa característica. Isso, pois estabelece a possibilidade de aplicação de medida coercitiva para assegurar o cumprimento de ordem judicial, nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Assim, o referido dispositivo abriu oportunidade ao juiz, no caso concreto, para atuar sobre a vontade do devedor, forçando-o a cumprir a obrigação, para eximir-se de uma sanção (medida coercitiva atípica) que o inadimplemento ensejaria.

Afinal, para se ter efetividade, a sentença não poderá limitar-se ao accertamento de direito e obrigação, ela deve predispor remédios tendentes a permitir a ulterior intromissão do órgão judicial na esfera jurídica do devedor. Essa invasão poderá assumir o feitio de medidas coercitivas de várias modalidades, todas, porém, tendentes a provocar o cumprimento da prestação definida na decisão.

4.2.2 A reconstrução da sentença condenatória a partir da leitura dos artigos 139, IV e 497 do CPC/2015

A análise da prática forense demonstra que quem almeja obrigar outrem a pagar uma

prestação pecuniária (o que interessa para o estudo) quer mais do que uma declaração. Contudo, o sistema processual brasileiro, mesmo com as alterações promovidas no CPC/1973, especialmente pela Lei nº 11.232/2005 e após a entrada em vigor do CPC/2015, não obteve êxito. Pois, mesmo com a unificação do processo de conhecimento e de execução para um procedimento sincrético - fase de cumprimento de sentença - persiste o binômio conhecimento - execução (fase de cumprimento), nas sentenças que reconhecem a obrigação de satisfazer uma prestação pecuniária.

Efetivamente, no tocante ao cumprimento das obrigações de pagar quantia, em nada inovou o CPC/2015, quando comparado com o CPC/73 e com as alterações promovidas pela Lei nº 11.232/2005. Essa, já não tinha feito desaparecer a necessidade de fase executiva, ainda que a tenha trazido para dentro da mesma relação processual. Como bem colocado por Humberto Theodoro Junior (1989, p.237):

Embora o que queira de fato o credor seja a concretização efetiva de seu direito, só não é possível, por exemplo, o autor de uma ação de indenização pedir desde logo a condenação do devedor ao pagamento do prejuízo, com a cominação de penhora e praxeamento de bens e consequente pagamento do que lhe é devido, porque teima em prevalecer o dogma de que o processo de conhecimento e o processo de execução são atividades distintas e que só devem ser tratadas em relações processuais diversas.

Os meios executivos típicos, inseridos pela entrada em vigor do CPC/2015, são inexpressíveis para atingir a efetividade do processo que visa resguardar direito à prestação pecuniária. O abrandamento dos meios executórios, que protegem o devedor ou condenado, são resultados do cristianismo herdado dos sistemas processuais da tradição romano-canônica, que objetiva transformar todas as relações em obrigacionais, tuteladas por técnicas que não lhe darão mais que condenação (SILVA, 2007).

Por sua vez, a alteração do sistema processual, introduzida no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, no tocante às prestações pecuniárias, trouxe mudança significativa, pois possibilita a emissão de ordens dirigida ao réu, para assegurar o cumprimento da decisão judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Esse preceito faculta ao magistrado a aplicação de medida coercitiva atípica para compelir ao cumprimento da obrigação pecuniária, reconhecida no título judicial ou extrajudicial, ainda, concentrou no juiz poderes executórios (MACHADO, 2004). Salieta ainda que “essa concentração e poderes arma o Juiz com *imperium* suficiente para permitir a superação do mecanismo privatista representado pelo binômio condenação-execução obrigacional” (MACHADO, Op. cit., p.252).

O artigo 139, IV, CPC/2015, interpretado adequadamente, deixa ao juiz poderes de

eleição dos meios de atuação para cumprimento da ordem judicial. Assim, para conferir efetividade é possível, nas sentenças que obrigam ao pagamento de prestação pecuniária, determinar, ordenar, que o réu cumpra tal obrigação, sob pena de incidência de medida coercitiva atípica, necessária e adequada ao caso concreto. Conforme assevera Sérgio Cruz Arenhart (2001, p. 137-138),

a tutela que contém ordem (mandamental ou executiva), ampliando-se o poder do magistrado e outorgando-lhe confiança que anteriormente lhe fora tolhida”. Com isso, supera-se o paradigma: “de um contexto que se tem um juiz burocrata, destituído de estabilidade, passa-se, agora, a um magistrado autoridade avantajado em poder estatal.

Comentando o artigo 461, do CPC/73 (artigo 497 CPC/2015), que disciplinava o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e, também, permitia ao magistrado mecanismo executivo similar àquele previsto no inciso IV, do artigo 139 do novo CPC, leciona Ovídio Araujo Baptista da Silva (1996, p.27), com a precisão que lhe é peculiar:

Na concepção originária do Código o cumprimento das obrigações de fazer exigia, invariavelmente, duas demandas, uma veiculada pelo processo de conhecimento, de natureza condenatória, com a correspondente formação de título executivo, com base no qual haveria de ser proposta a ação de execução de sentença (artigo 632/73). O interesse nesta significativa transformação da estrutura elementar de nosso Código não reside apenas nessa novidade. Mais importante é o modo como a execução das obrigações de fazer foi disciplinada pelo art. 461.

Para a inequívoca assimilação da importância do tema em tela - a possibilidade e até mesmo a necessidade de incluir na sentença condenatória (de pagar quantia certa) comando mandamental e ordenar o cumprimento, sob pena de incidência de medidas coercitivas atípicas, para que o processo ganhe cada vez maior efetividade - faz-se mister retomar as palavras do experiente autor (SILVA, Op. cit., p.28):

Há duas ideias, porém, na formulação do preceito legislativo que devem ser destacados por sua importância teórica:

- a) O princípio de que o processo deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor, a evidenciar o caráter instrumental do processo, o que, por si só, já seria capaz de romper a camisa-de-força com que a ciência do processo se vestiu ao reduzir o fenômeno executivo exclusivamente à execução obrigacional, estruturada em esquemas rígidos e estereotipados, liberando-a para adequar-se, instrumentalmente, ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado;
- b) O outro princípio, de certo modo ligado ou decorrente do anterior, pode ser formulado como uma tentativa, cuja importância é inegável, de superação da ordinariade, atacando a pelo lado do conceito de jurisdição e de ação condenatória, como simples ‘conclamação’ ao condenado que ele voluntariamente cumpra a obrigação (art. 580 do CPC; Liebman, Processo e Execução, 1ª d., p. 35).
- c) Esses dois princípios que negam o paradigma teórico sob o qual foram

elaborados os demais princípios, conceitos e institutos de nosso processo civil, permitem, quando bem compreendidos, uma nova compreensão da função verdadeiramente instrumental do processo, aproximando as ações para cumprimento das obrigações de fazer – aí compreendidas, em geral, as obrigações de não fazer, posto que a pretensão que cabe ao credor, quando tenha sido violado dever de abstenção, é também um fazer –, das ações mandamentais. Basta considerar que os poderes conferidos ao magistrado, pelo artigo 461/73, além de afastarem definitivamente a demanda do conceito de pretensão e ação condenatórias, correspondem aos poderes que o artigo 799 do Código de Processo Civil, confere ao juiz, para concessão dos provimentos cautelares que, como se sabe, não têm menor parentesco com as ações e sentenças condenatórias. Além desses poderes imperativos que o preceito outorga ao magistrado, a torna-lo norma inconfundível com aquelas que disciplinam a sentença condenatória, ainda temos, no artigo 461, a sentença com provimento auto-exequível, onde não apenas a execução se faz no mesmo processo, como também poderá até mesmo ser antecipada, sob forma de limiar que, como as medidas antecipatórias do artigo 273, não são cautelares (concedidas para “segurança de uma futura execução”), mas provimentos antecipatórios da futura sentença de procedência (execução para segurança, ou seja, execução urgente).

No modelo do CPC/73, o juiz condenava a pagar e não possuía mecanismos processuais que garantissem a efetividade desse comando. A sentença não poderia, pelo sistema processual anterior, ordenar ao devedor que efetuasse o pagamento sob pena de incidência de uma sanção. Faltava-lhe conteúdo mandamental, o qual pode ser inserido, na atualidade, face ao disposto no inciso IV, artigo 139 do CPC/2015.

É fundamental notar que na sentença que reconhece a obrigação de fazer ou não fazer, o juiz “determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente” (artigo 497 do novo CPC e artigo 461 CPC/73), admitindo-se que as sentenças condenatórias passem a ser implementadas por mecanismos diversos do tradicional modelo do processo de execução (fase de cumprimento). A introdução do disposto no artigo 461 CPC/73 rompeu o paradigma do binômio conhecimento-execução. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno (2004, p.22) comenta:

O modelo de implementação concreta de um fazer, não fazer ou entregar coisa no direito positivo brasileiro passou, com as Leis 8.952/94 e 10.444/2002, a dispensar um ‘processo de execução’. O que revela é que o juiz que impõe um fazer, um não fazer ou uma entrega de coisa reconhece que estes deveres devem ser atendidos e, independentemente de qualquer outro processo ou provocação, implementa o que decidiu. E mais, senão principalmente, o faz independentemente de um roteiro, de um procedimento fechado – de um modelo pré-concebido – quanto à execução. O juiz que implementa o fazer, o não fazer e a entrega pode criar mecanismos executivos em prol da esmerada obtenção do fazer, do não fazer e do entregar, consoante as necessidades que verifica em cada caso concreto.

Tendo presente que os artigos 497 e 498 do CPC/2015 permitem ao juiz a adoção de técnicas de tutela mandamental e executiva, nos casos em que o dever do demandado consiste num fazer, não fazer ou entrega de coisa, a sentença que reconhece o dever de pagar quantia

também poderá, por força do inciso IV, do artigo 139 CPC/2015, combinar simultaneamente os efeitos mandamentais e executivos. Sustenta Marcelo Lima Guerra (2003, p.152, grifos do autor) que

não há razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em reação aos demais. Revela-se, assim, *anti-isonômico* que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do princípio constitucional da *isonomia* (igualmente dotado do *status* de *direito fundamental*) a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado parágrafo 5º, do art. 461 do CPC, *a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis.*

Considerando essas observações, parece claro que, conjugados, os artigos 497 e 139, inciso IV do CPC, autorizam a reconstrução da sentença condenatória. Por certo, a tutela das obrigações de pagar quantia deve ser adequada e efetiva, e cabe ao intérprete extrair das opções constitucionais e da legislação infraconstitucional o que deve ser modelo do processo civil²⁸ (COMOGLIO,1994). Afinal, a “jurisdição não é só declarar ou reconhecer direitos, é torná-los concretos. Tutela jurisdicional é dar, a quem tem razão, o bem da vida que motiva seu ingresso no judiciário (BUENO, 2004, p.22).

Na doutrina italiana, Andrea Proto Pisani (1978) propôs a reconstrução da tutela condenatória analisando-a sob *dúplice perfil*: estrutural e funcional. Do ponto de vista estrutural, ela pode ter por objeto: a) o adimplemento de obrigações já violadas; b) o adimplemento de obrigações ainda não violadas. Enquanto no primeiro caso a atuação da tutela pode ser através de execução forçada ou medidas coercitivas, conforme se tratar ou não de prestação infungível ou de difícil execução em via sub-rogatória, por parte de terceiro; no segundo, a atuação da tutela, num sentido preventivo, se viabiliza exclusivamente através da técnica de medidas coercitivas.

Do ponto de vista funcional, a tutela condenatória pode ser dirigida: a) a reprimir a violação já efetuada; b) a prevenir a violação, estimulando o obrigado a adimplir voluntariamente a sua obrigação; c) a reprimir os efeitos da violação já efetuada e a prevenir violações futuras. Aponta, ainda, que as medidas coercitivas consistem em uma exasperação das sanções contra o obrigado, na ameaça de uma lesão ao seu interesse mais grave do que

²⁸Para o processualista italiano Luigi Paolo Comoglio (1994), é necessário atender à cláusula da efetividade da jurisdição, expressa no artigo 24 da Constituição italiana, onde se verifica, *in concreto*, a qualidade dos resultados destas técnicas - a forma como a jurisdição pode ser prestada não pode se sobrepor ao conteúdo de sua realização concreta.

aquele que lhe ocasionaria o adimplemento espontâneo da obrigação que está vinculado²⁹ (PISANI, 1978).

Por outro lado, o inciso IV, do artigo 139 do CPC/2015, estabelece que incumbe ao juiz determinar as medidas coercitivas necessárias ao cumprimento da ordem judicial, inclusive nas prestações pecuniárias - daí se evidencia que o magistrado poderá fixá-las *ex officio*, sem condicionamento ou espera pela postulação do credor, pois isso pressionará o devedor ao cumprimento voluntário da decisão judicial.

4.2.3 A inclusão de medida coercitiva na sentença como técnica para assegurar o cumprimento de obrigação pecuniária reconhecida no título judicial e evitar a execução forçada

Para a satisfação do direito do credor, o ordenamento jurídico coloca à disposição do órgão jurisdicional o emprego de medidas (processuais) diferentes. Essas, se distribuem em duas grandes modalidades, a saber, as medidas sub-rogatórias e as medidas coercitivas³⁰ (CHIOVENDA, 2002). Através dos meios sub-rogatórios, a tutela executiva é prestada sem cooperação do devedor, exclusivamente pela atividade dos órgãos jurisdicionais. Com as providências ditas coercitivas, por sua vez, se obtém a tutela executiva com o cumprimento do devedor, induzido por coerção indireta, exercida pelo órgão jurisdicional, através de sanções dotadas dessa finalidade específica.

Tendo em conta essas observações, a fim de dar efetividade à decisão judicial, com fundamento nos artigos 497 e 139, IV, do CPC/2015, poderá o magistrado, ao prolatar a sentença que reconheça o dever de pagar de quantia, emitir simultaneamente ordem para cumprimento da decisão em prazo razoável, sob pena de o obrigado responder por uma sanção. Essa deverá ser coativa o suficiente para atuar psicologicamente sobre a vontade do devedor, mostrando-lhe que é mais viável cumprir a decisão do que sofrer os efeitos da sanção, no caso de seu descumprimento. É evidente que o meio coercitivo a ser arbitrado deve considerar as peculiaridades do caso, mediante decisão motivada.

O comando mandamental, que ordena o cumprimento da obrigação de pagar, é imposto na forma de medida coercitiva, classificada como preventiva, pois é prevista e será devida, juntamente com a obrigação reconhecida na sentença. Ainda, deve incidir única e

²⁹ Em sentido contrário, Mandrioli (1998) critica a tese de Pisani (1978) por ela ser incompatível com uma visão sistemática dos institutos.

³⁰ É ponto pacífico que a técnica da sub-rogação e a da coerção indireta ou psicológica são as duas maneiras básicas, através das quais se pode tentar satisfazer um direito subjetivo, quando lhe faltar o cumprimento espontâneo.

exclusivamente se houver descumprimento da decisão no prazo assinalado pelo Magistrado.

A utilização de meios de coerção é inspirada no modelo francês das *astreintes* e deriva mais do *imperium* do juiz, que de sua *jurisdictio*, pois tem natureza processual, o que o faz distinto do que possa derivar do direito sobre o qual se controverte. Afinal, a medida coercitiva visa proteger o interesse do credor e tutela a dignidade judiciária (ASSIS, 2006a).

Desde que se iniciou o processo de reforma do Código de Processo Civil/73, que culminou com novo estatuto processual, uma das tendências que parece estar predominando é a de se atribuírem maiores poderes ao juiz. Alterações significativas a esse respeito observou-se nos artigos 461 e 461-A CPC/73, que foram ampliadas com introdução das medidas previstas no artigo 139, IV CPC/15. É interessante que se mencione que, diante da redação do inciso IV, artigo 139 do CPC, é possível ir além da condenação ao pagamento de quantia com a inclusão de ordem para fazê-lo, estabelecendo-se uma medida coercitiva para o caso de desatendimento da decisão que reconheceu a obrigação de pagar.

A fixação de multa diária para caso de desatendimento da decisão é uma das modalidades mais simples de coerção e poderá ser aplicada para forçar o cumprimento voluntário da obrigação de pagar soma em dinheiro. Ao se aventar essa possibilidade, poder-se-ia cogitar-se da ineficácia dessa medida coercitiva, pois a obrigação consiste em pagar e o devedor não o faz. Pessoalmente, sou favorável à possibilidade de cominação de multa nesses casos, pois a interpretação do direito que deve prevalecer é a que privilegia a probabilidade de que o credor seja satisfeito com maior efetividade e celeridade.

O comando mandamental que ordena o pagamento, sob pena de cominar-se multa diária para hipótese de descumprimento, ostentará efeito inibitório, pois a oneração do devedor aumenta, na mesma proporção que retarda a adimplência. É medida eficiente que deve ser utilizada, conforme já registrou Daniel Francisco Mitidiero (2015). A propósito, Guerra (2003) não somente defende a aplicação da multa como meio coercitivo para as obrigações de pagar quantia, como também refere que ela deve ser tratada com preferência, em primeiro lugar³¹.

Não há dúvidas de que a inclusão do comando mandamental (medida coercitiva), na sentença condenatória, não é a solução para a inadimplência e para a execução infrutífera, mas é uma tentativa de satisfazer o credor. É uma forma de coagir ao pagamento em prazo mais exíguo, evitando-se, inclusive, recursos protelatórios. Afinal, na hipótese de ser aplicada

³¹Não resta dúvida de que, na análise do uso e medidas coercitivas na tutela das obrigações de pagar quantia, a multa diária merece ser tratada em primeiro lugar. Isso porque se trata de medida coercitiva difundida, com as devidas peculiaridades, nos principais ordenamentos jurídicos contemporâneos, estando já definitivamente sedimentada na cultura jurídica (GUERRA, 2003).

medida coercitiva de multa, ela será passível de cumprimento provisório (parágrafo 3º, artigo 537 do CPC/2015).

Com efeito, de nada adianta continuar se alterando a legislação processual para tentar obter o cumprimento das decisões, efetividade, celeridade, se não alterada a mentalidade dos operadores do Direito. Isso significa que o operador jurídico deve tirar os olhos do passado e ter atitude hermenêutica voltada à solução do caso concreto, levando em conta a realidade social das partes e as peculiaridades dos bens envolvidos, guiando-se pela luz da principiologia constitucional e da axiologia inerente aos direitos fundamentais.

Com outras palavras, não se pode mais encarar o papel de juiz com a visão racionalista, ou seja, de mero aplicador da lei. Impõe-se, ao contrário, compreender o ato jurisdicional como ato de vontade, que importa em opção, escolhas diante de meios adequados - o que implica, ao presente estudo, medidas coercitivas adequadas - para chegar ao resultado almejado - a proteção dos direitos fundamentais³².

A construção do procedimento adequado perpassa pelo reconhecimento da possibilidade de utilização dos meios executivos atípicos, enunciados no artigo 139, IV, o artigo 297 e o parágrafo 1º, do artigo 536 do CPC/2015 não apenas de forma subsidiária³³, mas sempre que necessário, após o exame do caso concreto, para tutelar os direitos fundamentais do credor. Guerra (2003, p. 53) ressalta as insuficiências do sistema típico de tutela executiva diante da complexidade e constantes mutações das relações sociais disciplinadas pelo direito material:

Na realidade, é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva [...] e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades [...] No direito brasileiro, é fácil comprovar a inaptidão dos meios executivos tipificados em lei para prestar a tutela executiva devida em diversas situações. Tal situação, em que para um dado direito não há previsão legal de um meio executivo adequado a proporcionar-lhe plena e integral satisfação, é o que se denomina, no presente trabalho, insuficiência de meios executivos.

Diante desse panorama, é possível dizer que o processo civil deve variar ou ser

³²A crítica do componente volitivo do ato jurisdicional, pela imposição de um modelo matemático de raciocínio jurídico, foi efetuada por Ovídio Araujo Baptista da Silva (2004, p.114), nos seguintes termos: “Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a ‘vontade da lei’, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade discricionária de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o dogmatismo, não haverá solução. E isto supõe discricionariedade”.

³³Em sentido diverso, o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (JUS BRASIL, 2015, s/p) expõe que “a aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”

interpretado na medida em que se diversificam as necessidades do direito substancial. Ele é o ramo do Direito que mais tem contato com a realidade social, pois o processo existe para dar conta da impossibilidade de aplicação voluntária do direito material (ARENHART, 2000). Por isso, para possibilitar uma concretização das ideias esboçadas neste trabalho, da responsabilidade de o juiz prestar uma tutela de proteção aos direitos fundamentais, impõe-se, antes, superar a concepção do direito processual civil como disciplina abstrata e demonstrativa, afastada do fato e de toda axiologia, para encará-la, verdadeiramente, como uma ciência da compreensão, resgatando a hermenêutica. Tal posicionamento atende, de certa forma, aos anseios de Ovídio Araujo Baptista da Silva (2006, p.79), quando afirma que

o direito processual moderno, como disciplina abstrata que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a história encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos que exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento de uma autêntica democracia.

Então, pode-se afirmar que o juiz tem a obrigação de optar pela interpretação da lei processual que confira maior efetividade ao direito fundamental³⁴. Nesse sentido, essa é a observação de Darci Guimarães Ribeiro (2007, p.126):

O direito processual não pode mais ser dissociado de uma leitura constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide de valores constitucionais informados pelo Estado Liberal devem, inevitavelmente, serem relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo atual Estado Democrático de Direito.

Assim, diante da introdução legislativa que possibilita a utilização de técnicas processuais atípicas (139, IV do CPC/2015), também, para compelir o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, é possível a inclusão de um comando mandamental - medida coercitiva - na sentença que reconheceu essa obrigação, como forma de compelir o devedor à satisfação da obrigação em prazo razoável. Para tanto, basta ao juiz justificar a necessidade dessa técnica executiva, pois não se pode tolerar que, mesmo o devedor que ostenta bens não pague a dívida, sujeitando-se ao mero processo sub-rogatório, utilizando-se de todos os meios possíveis para retardar injustificadamente a obrigação reconhecida no título judicial.

Não é possível, em pleno século XXI, aceitar prática jurisprudencial de “interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada,

³⁴Discorrendo acerca da eficácia interpretativa dos princípios constitucionais, Ana Paula de Barcellos (2002, p.74) destaca que “o interprete se encontra obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses para o caso, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”, acrescentando a possibilidade de exigir-se que o magistrado faça essa opção.

mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com antigo” (MOREIRA, 1988, p. 151). No âmbito jurisprudencial há, também, manifestações favoráveis à inclusão de comando mandamental através de imposição de medida coercitiva atípica (multa) em condenações para pagamento de quantia certa, sob argumento de assegurar o resultado prático da tutela judicial concedida, concretizando o direito fundamental. Nesse sentido, cita-se um trecho do voto da Desembargadora Ana Paula Dalbosco:

Com relação à fixação de multa diária por cumprimento da sentença judicial, sabe-se que incumbe ao juiz, na direção do processo, determinar todas as medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. É o que precisamente dispõe o art. 139, inc. IV, do NCPC:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, **coercitivas**, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, **inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;**

Com efeito, as denominadas *astreintes* possuem o objetivo de alcançar o resultado prático da tutela judicial concedida, não dispendo de caráter punitivo, mas unicamente preventivo, ao efeito de impedir o descumprimento da decisão judicial.

Portanto, a multa no patamar em que fixado pelo juízo *a quo* (R\$ 300,00 por dia, limitados a R\$ 15.000,00), apenas será cobrada em caso de descumprimento do comando judicial no prazo legalmente estabelecido, ou seja, os próprios apelantes são quem irão decidir se terão que pagar a multa ou não (RIO GRANDE DO SUL, 2018, s/p).

No mesmo sentido, ainda sob égide do CPC/73, decidiu a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), pela Ação Rescisória 599263183, em 26 de abril de 2000, com decisão do Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que, ao prolatar seu voto, expressou: “No campo da execução por quantia certa não se passa de modo diverso, justificando-se o emprego de medidas coercitivas, como a astreinte, por concretizar o valor constitucional protegido da efetividade da tutela jurisdicional” (RIO GRANDE DO SUL, 2000, s/p). Por essa razão, o uso de tais medidas não pode ser obstado nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa.

Percebe-se, portanto, que compete ao juiz concretizar o direito fundamental do credor, através da tutela jurisdicional adequada e, diante do caso concreto, poderá incluir o comando mandamental na sentença condenatória que reconhece obrigação de pagar quantia certa. Jaqueline Mielke Silva (2005, p.359, grifos nossos), ao tratar do tema, concorda com a tese supra explicitada, afirmando que:

Ao invés de *condenar a pagar* mais célere e rápido seria que fosse emitida uma *ordem de pagamento*, sob pena de imposição das penalidades decorrentes do

descumprimento da ordem judicial, bem como de outras medidas coercitivas. Parece-nos que a adoção dos provimentos de natureza mandamental também nas obrigações para pagamento, igualmente seria uma medida que traria efetividade ao sistema.

No mesmo sentido, Ovídio Araujo Baptista da Silva (2000, p.241) destaca:

[...] certamente, o estabelecimento de uma nova categoria diferenciada da condenatória, para a qual a atividade judicial, expressa na sentença, não se limite a uma melancólica exortação dirigida ao condenado, mas se traduza numa ordem imediatamente executiva, é em si mesmo altamente positivo e desejável.

É compreensível que a técnica aqui esboçada na busca da concretização do direito do credor encontre resistência, especialmente diante de uma cultura de alterar sem nada transformar, de reformar para que tudo continue como sempre foi. Contudo, reitera-se, na atualidade, os doutrinadores e operadores do Direito devem pensar em termos de efetividade do processo, no sentido de encontrar meios capazes de socorrer adequadamente o autor que mereça proteção. Assim, atenta-se às palavras de Ovídio Araujo Baptista da Silva (2000, p.241):

Todo o processualista deve compreender que sua tarefa mais relevante consiste em conceber técnicas capazes de darem ao direito material de que o direito processual é instrumento, meios adequados de realização. E, como construtor dessas técnicas ou desses instrumentos de tutela, não será adequado e em conveniente que o construtor manifeste preferência por um deles e desagrado pelos demais. Todo instrumento, enquanto tal, oferece-se a quem pretenda utilizá-lo rigorosamente neutro. Ele tanto pode ser usado para o bem quanto para a prática do mal. O mesmo arsênico que serve ao homicida, poderá salvar vidas humanas. O processualista deveria comportar-se como se comporta qualquer fabricante de instrumentos. Ele poderá oferecer o procedimento ordinário e até elogiar-lhe as virtudes, assim como terá em estoque outros instrumentos diversos, que os “consumidores” adquirirão segundo suas preferências e necessidades, todavia com uma advertência indispensável. Aqueles que hajam “adquirido” o procedimento ordinário não terão, depois, o direito de lamentar-se de seus defeitos, particularmente de sua morosidade e ineficiência.

Já passou o tempo em que bastava estudar a ação una e abstrata e o universo de sentenças ao seu redor. A ideia de direito de ação, como mero direito a uma sentença de mérito, não tem importância para quem está preocupado com um processo justo e efetivo. Isto é, com um processo capaz de dar efetividade aos direitos que precisam ser através dele protegidos.

CAPÍTULO 5

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz parte da herança romano-canônica do Direito brasileiro, a tolerância para com os devedores, assim considerados, de um modo geral, todos os demandados. Esse legado impôs que se inserisse na Constituição a vedação de prisão por dívida, que a doutrina e jurisprudência majoritária estendem a qualquer medida coercitiva atípica imposta, por descumprimento de decisão que determine o pagamento daquela.

O poder do paradigma racionalista vai além do que se possa imaginar. No discurso, é fácil de enaltecer o novo modelo processual que se desenha no Código (CPC/2015), à luz do vetor do direito fundamental à tutela satisfativa, mas na prática há resistência do sistema em superar suas estruturas tradicionais. Tanto que para o autor que se socorre do Poder Judiciário para ver seu direito material - obrigação de pagar quantia certa – satisfeito, pouco ou nada mudou com as alterações introduzidas no referido regulamento.

O direito de ação compreendido como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, obriga o legislador a elaborar, mesmo que abstratamente, procedimentos e técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito material e obriga o juiz a adotar o meio executivo apto a concretizar esse direito. Assim, o acerto de litígio envolvendo direito obrigacional de pagar quantia, quando reconhecido direito do autor, conduz a provimento condenatório. A sentença condenatória na sua estrutura clássica é inapta, por si, para tutelar o direito declarado existente.

O atual sistema processual afastou o princípio da tipicidade dos meios executórios, pois o artigo 139, IV do CPC/2015, possibilitou ao juiz a busca de meios para assegurar cumprimento das decisões judiciais. Sob esse ângulo, é possível incluir na sentença condenatória um comando mandamental, ou seja, ordenar o pagamento, sob pena de aplicação de medida coercitiva, com objetivo de influenciar o réu a adotar um comportamento positivo, ou seja, o adimplemento.

A possibilidade oferecida ao juiz de eleger o meio de pressão volitiva adequado - medidas estabelecidas no inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 - ao caso concreto não pode travestir-se em autorização para arbitrariedade judicial. Ao contrário, essa liberdade é dada não para que o juiz escolha a medida que lhe aprouver, mas sim aquela mais indicada para atender às peculiaridades do caso concreto. Importa dizer que, para cumprimento do provimento jurisdicional, o magistrado deve escolher a melhor técnica - medida coercitiva - para caso concreto. Por isso, inviável estipulá-la em abstrato, tanto que o legislador atribuiu essa

prerrogativa ao dispor no artigo 139 do CPC/2015 que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (BRASIL, 2015, s/p). Contudo, essa prerrogativa está longe de importar liberdade ao juiz, pois é preciso encontrar parâmetros, critérios, para se eleger o meio coercitivo mais adequado para caso concreto, bem como para que possa o jurisdicionado fiscalizar a atuação judicial.

Basicamente, a escolha do meio de coerção mais adequado para caso concreto deve pautar-se por dois critérios: a efetividade do resultado e o menor sacrifício ao devedor, observando-se os direitos fundamentais das partes postas em jogo e do critério da proporcionalidade como forma de solução de conflito. Desse ângulo, já na sentença condenatória, que reconhece obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente, poderá ser definida a medida coercitiva, capaz de assegurar concretamente a satisfação do direito material.

Afinal, se de fato deseja-se mudanças nos ditames processuais, que tragam efetividade, celeridade e cumprimento das decisões, é preciso alterar a mentalidade do operador do Direito, que não pode continuar enxergando no sistema empecilhos e restrições que verdadeiramente não existem e que são frutos de cultura protecionista da inadimplência. É necessário, pois, utilizar os instrumentos colocados à disposição do juiz para cumprimento das decisões que reconhecem dever de pagar quantia certa. É inadmissível tolerar que mesmo o devedor que ostenta bens, tenha recursos financeiros, não pague a dívida ou use de todos os recursos possíveis para retardar a satisfação do direito reconhecido, sujeitando-se ao mero procedimento sub-rogatório da sentença condenatória clássica.

Acredita-se, de todo modo, que a inclusão de comando mandamental na sentença condenatória que ordene o adimplemento, sob pena de aplicação de medida coercitiva atípica, poderá atuar psicologicamente sobre a vontade do devedor. Isso, mostrando-lhe que é mais viável cumprir a decisão do que sofrer os efeitos da sanção no caso de seu descumprimento e, de consequência, dar maior efetividade ao provimento judicial e mitigar a crise que atravessa o processo executivo e/ou fase de cumprimento de sentença.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.217, p.67-79, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, v.24, p.334-344, 2005.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1, n. 127.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela específica da entrega de coisa. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coords). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.133-160.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords.); DOTTI, Rogéria (organ.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14. ed. Napoli: Jovene, 1984.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.
- ASSIS, Araken de. Sentença condenatória como título executivo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b. V3: de títulos judiciais. p.11-22.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 2.
- BIONDI, Biondo. *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano, in Scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1965.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 11.232*, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm. Acesso em: 12 set. 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 113, p. 22-76, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial Retorno ao medievalismo? Por que não? Aspectos polêmicos da nova execução. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n.102, p.50-78, jun. 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2.ed. Napoli: Jovene, 1960. v.1
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002. v. I.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COMGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionale e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 2, p. 450-469, 1994.
- COSTA, Emílio. *Perfil storico del processo civile romano*. Toscanba: Styabilimenti Grafici M. Martini, 1983.

- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º do CPC. O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. In: ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords.); DOTTI, Rogéria (orga.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 546-576.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Tomo I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2004. Tomo II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013a.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013b.
- FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo: Teixeira & Cia., 1922.
- GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, a.24, n. 94, p.34-65, abr./jun. 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.
- HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Hermenêutica, retórica, verossimilhança, discricionartiedade: a opção ovidiana pelo significado. In: MACEDO, Elaine Harzhein; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 125-144.
- JUS BRASIL. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis - Carta de Vitória*. 2015. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>. Acesso em: 12 out. 2018.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. Com notas atualizadas do prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

LONGO, Giovanni Elio. *Escuzione forzata*: diritto romano: novíssimo digesto italiano. Torino: UTET, 1957. v.6.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o processo. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 76, v. II, p. 263-288, 1999.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'azione esecutiva*. Milano: Giuffrè, 1955.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli Editore, 1998.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. 1999. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz: execução civil*. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Classificação das sentenças que dependam de execução. In: CIANCI, Mirna; QUARTIEIR, Rita de Cassia Rocha Conte (Coords.). *Temas atuais da execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 383-418.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. res. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio da Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.

MEIRA, Sílvio. *Processo civil romano*. 2. ed. Belém: Gráfica Falangola, [1967].

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da europa e da américa latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959. v.1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações* (1970). Atualização de Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998. Tomo I.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações: ações condenatórias*. Ed. atual. por Nelson Nery Júnior, Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo V.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de; STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n.7, p.197- 208, 1995. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOR EIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf> . Acesso em: 18 dez. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O poder judiciário e a efetividade da nova constituição*. *Revista Forense*, v. 304, p.151, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 12. ed. ver. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. *Revista AJURIS*, n. 75, v. I, p.120-134, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.119-130.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento*. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, a XXXII, n. 100, p. 59-72, dez. 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PERROT, Roger. *Les enjeux de l'exécution des décisions judiciaires em matière civile: l'exécution des décisions de justice em matiere civile*. S.l: Éditions du Consaeli de L'Europe, 1998.

PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela di condanna*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXII, n. 3, p. 1.104-1.210, set. 1978.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. In:

- MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; TESHEINER, José Maria Rosa (Coords.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*. Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.125-149.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariangela Guerreiro; PORTO, Sergio Gilberto (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 125-150.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. *Ação Rescisória 599263183*, da 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, 26 de abril de 2000. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_. Acesso em: 11 out. 2018.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível 70076460518*, da 23ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Ana Paula Dalbosco. Porto Alegre, 27 de março de 2018. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_. Acesso em: 11 out. 2018.
- ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n.161, p.21-38, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza, 2011.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2001. .
- SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- SILVA, Jaqueline Mielke. A decisão judicial e a necessidade de superação do paradigma racionalista no âmbito do direito processual civil. In: MACEDO, Elaine Harzhein; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Orgs.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a. p. 113-124.
- SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015b.
- SILVA, Jaqueline Mielke. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva no âmbito da tutela provisória. In: TRINDADE, Karam André; ESPINDOLA; Angela de Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro. *Direito, democracia e sustentabilidade: anuário do programa*

de pós-graduação *stricto sensu* em direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED, 2015c. p. 227-252.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do processo civil: leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a.91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Execução em face do executado. In: ASSIS, Araken de (org.). *O processo de execução*. Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995. p. 291-316.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *A ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*. Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, a. XXVI, n. 80, p.228-229, dez./2000.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva. *Revista do Tribunais*, São Paulo, v. 801, p. 30-43, 2002.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de Conhecimento*. 7. ed. rev. e at. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução da sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.5, n.29, p. 83-98, mar./abr. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 29. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII da constituição federal). In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo. *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 321-342.

VAN WETTER. *Cours de droit romain*. 3. ed. Paris: Marescq, 1893.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.