

PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS

Heloise Wittmann*

Resumo: O presente trabalho busca fazer uma breve análise dos poderes executórios do Juiz com base na legislação vigente, seus limites, forma de atuação e aplicabilidade, especialmente após a vigência da nova lei processual que inovou ao conferir amplos poderes aos magistrados em razão do artigo 139, IV do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Poderes do Juiz. Execução. Limites. Efetividade.

* Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É Procuradora do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma breve análise dos poderes executórios do Magistrado consoante a disciplina do artigo 139, IV do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil ao inovar com o referido diploma legal permitiu ao magistrado determinar a adoção de 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. Desta forma permitiu no ordenamento jurídico ao Magistrado a adotar todas as medidas necessárias a satisfação do credito, o que gera um reflexo imediato na execução.

Contudo ao autorizar a adoção das medidas necessário se fez a compreensão das mesmas frente ao modelo constitucional do processo, ou seja, que as mesmas somente podem ser adotadas quando interpretadas a luz da Constituição Federal, para fins de evitar inclusive abusos.

Desta forma, o presente trabalho se propõe a compreender o artigo 139, IV do CPC a luz das medidas executivas, ou seja, como forma de satisfação de uma execução. Assim em um primeiro momento busca-se a compreensão do breve histórico da crise do processo de execução, em especial as razões que o mesmo demonstrou-se sinônimo de ineficiência, o que gerou a necessidade de autorizar medidas mais enérgicas do Poder Judiciário.

Em um segundo momento o presente trabalho analisará o modelo constitucional do processo sob o prisma da execução, demonstrando a importância de ambas as matérias serem estudadas em conjunto. Posteriormente passa-se a compreensão dos poderes do juiz quando se trata dos poderes executórios, ou seja, em que medida os mesmos são utilizados e a forma que eles são capazes de atuar em uma execução.

Ao final se buscará apresentar, sem a pretensão de esgotar o tema, limites para a atuação do Magistrado, ou seja, quais os princípios do modelo constitucional podem e devem ser utilizados para fins de limitar a atividade executiva do Magistrado, bem

como quais devem ser utilizados como forma de balizar a atuação do mesmo no momento da utilização da escolha mais adequada da medida a ser utilizada.

Após a análise dos limites da utilização dos poderes do juiz importante antes de encerrar os estudos se demonstrou de importância fundamental estudar a efetividade processual, para que não pudesse ter a ideia de que o artigo 139, IV do CPC não deve ser utilizado ou que gerasse uma falsa ideia de que de alguma forma ele não está em consonância com o direito.

Assim o presente estudo se propõe a estudar os poderes executórios do juiz sob o prisma do modelo constitucional do processo, não somente tendo uma análise processual da questão, mas sim de a partir da Constituição verificar a forma que ele deve ser utilizado, seja horas como limitações, ora como vedações e ora como um instrumento importante e necessária para que se alcance a tutela jurisdicional efetiva.

2. BREVE HISTÓRICO DOS PODERES EXECUTÓRIOS

Durante muito tempo vigorou a ideia de que o órgão julgador somente poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Entendia-se que era uma maneira de controlar a atividade jurisdicional evitando arbítrios e garantindo a liberdade dos cidadãos¹

Neste sentido a doutrina afirma que o Código de Processo Civil de 1973 foi elaborado com um perfil extremamente liberal, ou seja, um perfil de Estado não intervencionista que buscasse combater o absolutismo estatal buscando valorizar a propriedade e a liberdade do cidadão:

(...) No Código de 1973, a atuação do juiz é um dos aspectos mais afetados pelo Estado liberal, pois, sendo o magistrado um representante do Estado, sua voz e sua razão, certamente deveriam ser uma extensão do próprio perfil estatal. Por isso, quanto menos ativista, participativo e atuante fosse o juiz, mais estaria cumprindo o seu papel. Só poderia se manifestar se fosse provocado nos casos e formas legais (dispositivo), pois se entendia que dessa forma estaria

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Execução*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 102.

resguardada a igualdade formalmente prevista na lei, estaria protegida a propriedade, pois cada um era livre para dispor dos seus próprios interesses. Mais do que isso, os pedidos e as provocações deveriam ser interpretados restritivamente (art. 295 do CPC 1973), com estrita observância e correspondência entre o que foi pedido e o que poderia ser dado (art. 463 do CPC de 1973).²

Assim a preocupação em conter os poderes executivos do Juiz era patente fazendo surgir a ideia da tipicidade dos meios executivos, ou seja, que o Magistrado somente poderia determinar a prática dos atos executivos expressamente previstos em lei:

A preocupação em conter o poder executivo do juiz é intimamente ligada aos valores do Estado liberal-clássico, ou melhor, à necessidade de impedir a interferência estatal na esfera jurídica dos indivíduos. Nesse sentido o princípio da tipicidade dos meios executivos é a expressão jurídica da restrição do poder de execução do juiz e da idéia de que o exercício da jurisdição deve se subordinar estritamente à lei. Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo.³

Ocorre que a falência desse sistema da tipicidade dos meios executivos decorreu do próprio fundamento que lhe originou, isto significa dizer que o direito não tem como prever tudo. Assim houve várias situações do direito material que não eram satisfatoriamente resolvidas com as técnicas executivas previstas no Código de 1973.

Neste sentido nos ensina Cruz e TUCCI que ao longo da história sempre se buscou limitar os Poderes do Juiz, enquadrando-o dentro da legalidade, por tal razão o CPC de 1973 buscou a tipicidade das medidas. Entretanto em razão das constantes frustrações dos credores o Brasil ainda no CPC de 1973 passou o Código a admitir medidas que o juiz pudesse adotar medidas satisfativas:

O *Codice di Procedura Civile* de 1942, marcado pela ideologia fascista, também outorgou amplos poderes ao juiz. Convocado pelo Ministro da Justiça Dino Grandi para proceder à revisão final do texto legal, Piero Calamandrei procurou conciliar os poderes discricionários do juiz nos quadrantes do princípio da legalidade, ao afirmar que não se deveria criticar a tomada de posição do diploma italiano, uma vez que a atuação judicial sempre estaria delimitada pelo princípio da legalidade. É dizer:

E isso, porque em decorrência de novas exigências e do consequente aperfeiçoamento que permeia a ciência processual, os especialistas

² ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.50

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov.2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5974>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

concluíram que o tradicional modelo da execução por meio de subrogação enseja, em muitas situações, enorme frustração ao credor vitorioso. E, por esta razão, já há alguns anos, a nossa melhor doutrina influenciou o legislador pátrio a adotar, com maior ênfase, a técnica da tutela específica, para satisfazer, de forma efetiva, o interesse do credor.⁴

Desta forma passou-se a buscar a decisão justa e eficaz, dando ao Juiz poderes de forma a garantir a efetividade na tutela dos interesses discutidos no processo, afinal o magistrado passivo e inerte não mais se justificava diante da necessidade da tutela efetiva:

É claro que o CPC de 1973 sofreu várias reformas, especialmente após o texto constitucional de 1988, tendo implementado mudanças importantes, inclusive na tutela executiva (a saber, as Leis 8.952, 10.444, 11.232, 11.383), que

quebraram de certa forma a rigidez liberal do Código, permitindo inclusive uma atuação mais ativa do juiz em situações antes inimagináveis. Um exemplo disso, que envergou o dogma do princípio dispositivo, foi o cumprimento de sentença *ex officio* das obrigações de fazer e não fazer, prevista no antigo art. 464, § 5º, do CPC.⁵

Neste contexto o artigo 84 do CDC é visto como um marco legislativo acerca de tal mudança de paradigma legislativo:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Conforme se depreende do referido diploma legal o mesmo passou a admitir que para se buscar tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente o juiz poderia adotar as medidas necessárias para atingir o fim almejado.

⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz e Tucci. *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade*. Disponível em: <[Https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-princípio-legalidade](https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-princípio-legalidade)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

⁵ ABELHA, Marcelo. *op.cit.* p.50

O Código de Processo Civil de 1973 sofreu grande alteração em favor da efetividade do direito e contra o formalismo exacerbado ao alterar substancialmente os artigos 273⁶, 461⁷ e 461-A⁸ do Código de Processo Civil, os quais tratavam da tutela antecipada, da obrigação de fazer e não fazer e da obrigação de dar.

Neste sentido a doutrina destaca que os artigos 461 e 461-A permitiram a unificação dos processos de execução e de conhecimento, permitindo a aplicação de multas e de todas as medidas necessárias a efetivação das medidas executórias:

Os artigos 461 e 461-A abriram oportunidade para a unificação dos processos de conhecimento e de execução ou transformaram o processo de execução em uma mera fase do processo de conhecimento, viabilizando a determinação de meios de execução e a imposição de multa na própria sentença. Além disso, esses três artigos passaram a admitir de forma expressa a tutela antecipatória no processo de conhecimento, inserindo a execução, obviamente que independente de ação de execução, no seio do processo de conhecimento. Note-se que a elasticidade peculiar à multa, que pode ser fixada em montante adequado e ter o seu valor aumentado ou diminuído a requerimento ou de ofício, constitui resposta evidente à tendência de se dar poder executivo para o juiz bem tratar do caso concreto. Por outro lado, a regra contida no §5º do art. 461 afirma expressamente que o juiz pode determinar, de ofício ou a requerimento, a "medida necessária", exemplificando com a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva.⁹

Do que se depreende da compreensão dos artigos supra mencionados, verifica-se que os mesmos, buscaram tutelar de forma efetiva as várias situações de direito material, sendo indispensável não apenas procedimentos e sentenças diferenciados de acordo com o caso concreto e o pedido da parte, mas também que o juiz poderes para determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto.

⁶ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A

⁷ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁸ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Op.cit.

Assim, de acordo com a doutrina, poder-se-ia afirmar que houve uma substituição dos poderes típicos para o princípio da concentração dos poderes da execução:

(...)afigura-se correto afirmar que o legislador, ao perceber a necessidade de dar maior flexibilidade e poder executivo ao juiz, não teve outra alternativa a não ser deixar de lado o princípio da tipicidade. Tal poder executivo implica na concentração do poder de concessão da modalidade executiva adequada, motivo pelo qual é possível dizer que o princípio da tipicidade foi substituído pelo princípio da concentração dos poderes de execução¹⁰

Nesta linha de entendimento o CPC de 2015 trouxe expressa previsão sobre a atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral. O princípio da atipicidade decorreria da previsão do artigo 139, IV¹¹, art. 297 e parágrafo único¹² e do artigo 536:

(...) O novo Código quebrou integralmente o sistema tipicidade da técnica processual, permitindo o emprego do meio executivo mais adequado para tutela do direito em toda e qualquer situação substancial. (art. 139, IV, CPC) Trata-se de quebra que visa à promoção da tutela específica dos direitos pugnada pela doutrina preocupada com a efetividade do processo. Com isso o direito brasileiro afasta-se de um sistema de técnica executiva rígida e avizinha-se a um sistema de técnica executiva maleável, seguindo nesse particular tendência que emerge do direito comparado. Todos os meios processuais tem que estar disponíveis para a tutela dos direitos.
¹³

Contudo não são todos os doutrinadores que concordam com o entendimento de que o que prevalece é a atipicidade das medidas, mas sim ao contrário, que o direito brasileiro é a tipicidade das medidas, sendo que o atual sistema passou a admitir em determinados artigos as medidas atípicas:

O direito brasileiro consagra o princípio da tipicidade dos meios executórios. Não pode ser diferente, por a CF/1988 tem feição

¹⁰ Ibid.

¹¹ 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;

¹² Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 605.

garantias e o artigo 5, LIV exige que a privação de bens obedeça ao devido processo legal. A tese da relativa atipicidade, defendida com base na regra equivalente ao atual art. 536, § 1º do CPC esbarra na falta de exemplos práticos convincentes em especial os valores consagrados na CF/1988. Estudo mais recentes não descarta a possibilidade de aplicarem-se meios atípicos (...). O artigo 139, IV, parece ter ampliado o imperium judicial, autorizando o órgão judicial adotar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias” tendentes ao cumprimento dos pronunciamentos” “inclusive nas ações que tenha por objetivo prestação pecuniária”, Em relação ao art. 536, § 1º a novidade consiste na extensão dessas medidas à execução das obrigações de quantia certa. É duvidosa senão patente a constitucionalidade do dispositivo.¹⁴

Entretanto em que pesem as discussões acerca dos referidos diplomas legais é certo que os poderes do juiz precisam ser estudados e compreendidos a luz do modelo constitucional e dos princípios que regem a questão para fins de manter a efetividade da execução, eis que trata-se de uma verdadeira evolução do sistema, como acima visto, sem contudo permitir abusos por parte dos utilizadores do sistema.

3. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

O ordenamento jurídico está impregnado por normas constitucionais, ou seja, a Constituição Federal deve direcionar tanto a legislação com a jurisprudência, bem como a doutrina e as relações sociais uma vez que trata-se da norma hierárquica superior que condiciona e orienta todas as demais.

Desta forma, o reconhecimento da força normativa da constituição, implica na ideia de que toda a norma constitucional é jurídica e passível de produzir efeitos. Neste sentido o próprio Código de Processo Civil entendeu por bem trazer um artigo que determina a observância da Constituição:

(...)trata-se de aplicar diretamente as diretrizes constitucionais com vistas `a obtenção das fruições públicas resultantes da atuação do Estado, inclusive o no exercício de sua função jurisdicional, o Estado-juiz.A lei, nesse sentido, deve-se adequar necessariamente ao atingimento daqueles fins, não o contrario. E o CPC de 2015 não está

¹⁴ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 20 ed. p.168

No mesmo contexto esclarece Humberto THEODORO JUNIOR que com a constitucionalização do direito passa a ser um instrumento a produzir a pacificação social, buscando a justa e efetiva solução dos litigio no qual o Magistrado ao produzir qualquer decisão deve buscar a pacificação com a devida motivação, inclusive as razões pelas quais afastou as alegações das partes:

Nesse prisma, após a completa constitucionalização do processo, transformado que foi num complexo de garantias fundamentais, todas institucionalizadas como instrumento destinado a produzir a pacificação social, mediante a justa composição dos litígios, o importante deixa de ser o enfoque

isolado do papel do juiz. Passa a ser a visualização de como deve ser construída a composição justa do conflito, que ameaça a paz social, dentro do sistema processual democrático. O que se constata nessa visão dinâmica e funcional do processo constitucionalizado é que não mais se cogita neutralizar e minimizar a função do juiz, tampouco erguer as partes a uma posição de exacerbada hegemonia na determinação do destino da prestação jurisdicional. Na verdade o processo justo concebido na ordem constitucional de hoje impõe uma coparticipação de todos os seus sujeitos no iter de construção do provimento com que o juiz definirá a solução do litígio. O processo, portanto, não é obra nem do juiz nem das partes, já que se transformou num sistema de cooperação, em simetria de posições entre as partes e o órgão judicante.

(...) Entretanto, a sujeição do processo ao princípio democrático de participação efetiva das partes na construção do provimento judicial, de certa forma, se faz presente até mesmo no próprio ato decisório, porque a Constituição exige que este seja devidamente fundamentado, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX). E exigir que o provimento seja adequadamente motivado implica dizer que o juiz, ao decidir, não poderá ignorar as alegações, razões e provas das partes; e se não as acolher, terá de demonstrar, racional e juridicamente, porque as rejeita.¹⁶

A compreensão do modelo constitucional do processo é de suma importância para a matéria ora em debate uma vez que, conforme visto com a ideia da atipicidade das medidas executivas, o Magistrado assume um papel de extrema relevância possuindo uma grande margem de atuação. Contudo tal liberdade não pode ser vista de forma ilimitada, eis que geraria os abusos que se busca impedir, desta forma

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2016. p 41.

¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, p 577

compreender as normas executórias sob o viés constitucional se revela necessário para a correta compreensão dos poderes executórios concedidos ao juiz.

Afinal em um Estado de Direito o Juiz não pode ser visto como o dono do Direito, uma vez que este espaço é conferido ao legislador. Na verdade, há manifesta incompatibilidade na compreensão do sistema desta forma. O Magistrado antes de tudo é um aplicador do direito, das normas postas, assim ainda que as mesmas tenham dado margem a criatividade do julgador, este deve interpretá-la e aplica-los nos exatos termos e limites do que esta autorizado, bem como com base no modelo constitucional do processo.

Portanto ao admitir esse novo papel do Poder Judiciário de aplicar as denominadas medidas atípicas estas devem apresentar os limites na própria Constituição, evitando assim medidas arbitrárias:

É preciso não confundir ativismo judicial com gestão do processo pelo juiz. Não se pode, realmente, tolerar o juiz que se torna advogado de uma das partes, diligenciando ostensivamente pela defesa de seus interesses, de maneira desleal e desigual em relação ao tratamento dispensado ao outro litigante. Imparcialidade, em processo, quer dizer igualdade no modo de velar pelo exercício dos direitos e garantias de ambas as partes.

(...)

O autoritarismo judicial não se combate suprimindo as iniciativas do juiz na busca da composição justa dos litígios, mas por meio de mecanismos democráticos como o do contraditório pleno enriquecido pelo princípio da cooperação, pela exigência rigorosa de adequada fundamentação dos decisórios, e pelo seu controle e censura das partes, por meio da garantia do duplo grau de jurisdição. A nosso ver e salvo melhor juízo, o garantismo por que anseia a sociedade democrática de nosso tempo não é o que afasta o juiz da preocupação pelo destino do processo, mas aquele que assegura seu comando firme à frente do processo, imparcial mas não indiferente à justiça do provimento a ser produzido, sempre dentro do clima de efetiva cooperação entre todos os sujeitos da relação processual.¹⁷

Portanto a admissão das medidas atípicas no ordenamento jurídico, somente ganha espaço quando se passa pelo modelo constitucional do processo e comprehende que as referidas normas não devem ser combatidas uma vez que buscam a efetividade do processo. Desta forma, devem as mesmas serem aplicadas com base na Constituição

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume I. op.cit.p 579*

que veda decisões não motivadas, que determina o devido processo legal, prestigia o contraditório e a ampla defesa evitando o autoritarismo.

Somente com o conhecimento das normas processuais aplicadas com as normas constitucionais é que se verifica a conformação dos poderes do juiz à legitimidade democrática.

4. DOS PODERES DO JUIZ

Antes de adentrarmos nos poderes executórios do juiz necessário se faz compreender o que são os poderes do juiz. Afinal é com base no entendimento do instituto é que se pode partir para análise dos poderes executórios.

Pode-se afirmar que o Estado não é um fim em si mesmo, ao contrário, trata-se de um meio, um instrumento para realizar o bem comum. Assim para desempenhar a função prestação estatal de justiça estabeleceu-se a jurisdição como a função estatal que busca a solução dos conflitos, cabendo a um Magistrado a solução final:

(...)

Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário ou amistoso para harmonizá-los. Tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual delas corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito, fazendo prevalecer a pretensão que lhe seja correspondente. Eis, aí, em termos práticos, em que consiste a jurisdição. Por outro lado, é fora de dúvida que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em consequência, passou a deter não apenas o *poder* jurisdicional, mas também assumiu o *dever* de jurisdição¹⁸

Portanto a função jurisdicional se caracteriza por meio da solução definitiva dos conflitos, quer pelo reconhecimento da validade, da compreensão e do alcance das

¹⁸ Ibid. p. 81.

normas que compõem no ordenamento jurídico, sendo exercida através do Poder Judiciário. Desta forma por meio do exercício da jurisdição os Magistrados podem exercer os poderes a eles conferidos para a solução dos conflitos:

(...) é possível afirmar que os poderes de juiz são poderes-deveres para o atingimento de finalidade, instituídos no interesse alheio. A finalidade perseguida é fazer-se atuar o Direito, seja por meio da resolução definitiva dos conflitos, seja pelo reconhecimento da validade da compreensão e do alcance das normas que compõem o ordenamento jurídica. E a busca do objetivo último se dá por meio da atividade de um Poder Judiciário, que, embora não possa mais ser considerado politicamente neutro, continua vinculado ao ordenamento jurídico, de modo que a utilização dos poderes ai encontrará o seus conteúdo e os seus limites.¹⁹

Assim a ordem jurídica concederia tal poder à conta de um dever para satisfazer um interesse alheio. Desta forma entende-se que não haveria óbices para os artigos do CPC de 2015 que concederam poderes executórios aos Magistrados, mesmo sendo os atípicos:

No âmbito do direito processual, o juiz detém poderes específicos de decisão e de coerção e de um poder geral de direção do processo, que decorre diretamente da soberania estatal e que se manifesta em todos os atos praticados pelo magistrado. Os poderes específicos não são fonte de problema, visto que expressamente definidos pelo legislador, cabendo ao juiz se conduzir dentro dos limites estabelecidos. A questão dos limites somente se apresenta em face dos poderes gerais, cujo conteúdo deve ser estabelecido pelo próprio juiz diante das circunstâncias de cada caso concreto.²⁰

Afinal, considerando a função por eles exercida não se verifica ilegalidades na concessão do mesmo, contudo conforme visto acima o mesmo não é ilimitado ou mesmo autoritário, mas um poder concedido pela própria legislação e por ela limitado.

(...) Considerando a ótica mais restrita este poder é entendido como o poder do Estado, e nessa visão, é o elemento-base para elaboração jurídica do direito constitucional é a possibilidade reconhecida ao Estado de interferir na esfera jurídica das pessoas por meio da força. Cumpre salientar dois aspectos, os quais devem ser bem compreendidos, para se admitir a possibilidade de tal intromissão na esfera jurídica das pessoas: existiu um consenso prévio envolvendo

¹⁹ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 44

²⁰ CIACI, Mirna. DOS SANTOS, Romualdo Baptista. *Limites legais e constitucionais aos poderes do juiz: a polêmica em torno do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil*. In: ALVIM, Teresa Arruda. CIACI, Mirna. DELFINO, Lúcio. *o Novo CPC Aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

aqueles que se sujeitarão ao exercício do poder e, no ordenamento jurídico, o elemento central dessa concordância é apresentado pela Constituição. Dessa norma decorrem a feição do Estado e seu caráter instrumento bem como as balizas e parâmetros para o exercício legítimo do poder.²¹

De acordo com o que nos ensina Cassio Scarpinella BUENO a leitura adequada é que trata-se de um dever poder, eis que àquele vem por primeiro, ou seja, o Magistrado tem o dever de exercer a tutela jurisdicional, contudo deve fazer nos exatos limites conferidos pelo legislador, sob pena de estar cometendo uma ilegalidade:

(...) Neste sentido é correto identificar um dever a ser atingido pelo magistrado- prestar tutela jurisdicional – e, correlatamente a este dever de maneira inequivocamente instrumenta constara que há poderes para tanto, na exata medida em que tais poderes sejam necessários. Por isto a ênfase deve recair no dever, e não no poder. Poder só existe como meio diretamente proporcional e exato para atingimento do dever. Fora dito, há abuso de poder e, como tal, nulo de pleno direito. Qualquer abuso atrita com o Estado constitucional.²²

Portanto a concessão dos “poderes” ao juiz mostra-se necessária para balizar o exercício de função estatal destinada a fazer atuar o direito. Contudo parece que a leitura acima é a mais adequado e a que mais se coaduna com o sistema constitucional.

Afinal o Magistrado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional e para tanto o faz através dos poderes a ele conferidos. Contudo estes são balizados pela Constituição, como visto no tópico anterior, e também pelos limites impostos pelo legislador. Desta forma não haveria qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nos artigos 139, IV, art. 297 e parágrafo único e do artigo 536, § 1º, do CPC, ao contrário, são deveres-poderes os quais devem ser aplicados nos limites constitucionais e legais, sendo que o próprio sistema vigente impõe limites e mecanismos para evitar abusos.

Neste diapasão importante trazer a baila a doutrina quando estuda acerca dos Poderes do Juiz o mesmos devem estar acima de tudo pautados na legalidade e na responsabilidade:

(...) o terceiro princípio a guiar a atividade do magistrado é o princípio da legalidade, que preconiza que cabe ao magistrado, nos processos

²¹ Ibid. p. 28

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. op.cit.* p 182

contenciosos observar a lei e aplica-la ao caso concreto. (...) com o devido respeito aos que creem na escola do livre direito e na possibilidade de desrespeito aos aspectos formais do processo, observamos para que se possa ter segurança necessária à manutenção do Estado Democrático de Direito há a necessidade de que o magistrado siga a lei em todos os seus aspectos. Quando o juiz não segue a forma parte padece, ocorrendo um desequilíbrio de forças no processo e penalizando aquele que agiu em consonância com a lei, em detrimento daquele que deixou de cumpri-la. (...)²³

Mencionam os mesmos doutrinadores que além do respeito a legalidade no exercício dos seus poderes, os Magistrados devem agir com responsabilidade nos exatos termos do que dispõe o artigo 143 do CPC.

Afinal no exercício da sua atividade jurisdicional o Magistrado pode ser responsabilizado pessoalmente pelos seus atos, quer civilmente, quer administrativamente.

Desta forma não se pode negar que os Magistrados tem o poder-dever de exercer sua atividade jurisdicional, contudo como o do respeito a legalidade, uma vez que é corolário do Estado Democrático de Direito, bem como sob o regime da responsabilidade.

5. DAS MEDIDAS ATÍPICAS

Os atos executivos são a invasão da esfera jurídica do executado, deslocando de modo forçado pessoas, coisas e transferência de valores para outro círculo patrimonial. Assim o objetivo de qualquer execução consistiria na satisfação do exequente, sendo que os atos executivos seriam atos articulados e encadeados chamados de meios executórios para se atingir a finalidade buscada.²⁴

De acordo com Araken de ASSIS²⁵ a matriz da função executiva é a transformação do mundo físico, visando a satisfação de um direito. Assim a atividade

²³ OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I São Paulo: Verbatim, 2015. p.457

²⁴ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. op.cit.p.164

²⁵ Idem.p. 166

executiva é desenvolvida pela função jurisdicional, que realiza a invasão da esfera jurídica da parte passiva e com isto satisfazer o direito. Desta forma, a atividade executória pode ser de forma direta (sub-rogação) e indireta (coerção):

(...) denominados atos processuais executivos. Tais atos são assim chamados porque emanam do poder do Estado-juiz, e têm por finalidade satisfazer à pretensão do exequente, sujeitando o executado a essa finalidade. Esses atos processuais executivos são realizados mediante as técnicas processuais de sub-rogação ou coercitivas. Lembre-se que a finalidade do ato executivo é satisfação à pretensão executiva, e, por isso mesmo, tais atos são destinados a criar alterações no mundo dos fatos, tornando concreta e real a prestação contida no título executivo provisório ou definitivo. Justamente porque têm essa finalidade de realizar o comando contido no título, com intuito de alterar o plano dos fatos, esses atos (executivos) são dominados pela função sancionatória, que se operará diretamente sobre o patrimônio do executado, compelindo-o por pressão psicológica (coerção) a cumprir a prestação (multa etc.), ou então realizando, independentemente de sua vontade, aquilo que ele deveria realizar (sub-rogação, por exemplo, a expropriação de quantia).²⁶

Dos conceitos acima pode-se afirmar que a execução direta ou por sub-rogação, pode viabilizar-se por diferentes técnicas:

- (i) Desapossamento: muito utilizado para entrega da coisa, quando se retira da posse do executado, o bem a ser entregue ao exequente;
- (ii) Transformação: meio do qual o juiz determina que um terceiro pratique a conduta que deveria ser praticada pelo executado, cabendo a este arcar com os custos;
- (iii) Expropriação: típica das execuções para pagamento de quantia, por meio do qual algum bem do patrimônio do devedor serve para pagamento de crédito (art. 825, CPC);

Por outro lado a execução indireta, a chamada coerção, atua sobre os direitos ou o patrimônio do obrigado. Portanto quem age é o próprio executado, entretanto a Jurisdição atua no sentido de fazer com que ele atue, através de um constrangimento. A execução indireta pode viabilizar-se por diferentes técnicas:

²⁶ ABELHA, Marcelo. op.cit. p. 72.

- a) Patrimonial, como por exemplo, a imposição de multa;
- b) Pessoal: estímulo de cumprimento como prisão (temor) ou incentivo, ex, isenção de custas, de honorários, dentre outras.

No que tange a classificação acima, bem como da forma de atuação dos Magistrados verifica-se que não havia grandes controvérsias doutrinárias e nem mesmos embates jurisdicionais.

A inovação do CPC e que gera a grande discussão ora em tela decorreu das denominadas medidas atípicas o artigo 139, IV que permitiu ao Magistrado “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;”

Desta forma conjuntamente com o modelo de medidas típicas(art. 513-538) que disciplinam o cumprimento de sentença, e ao longo de todo o Livro II voltado ao processo de execução, o CPC passa a autorizar que magistrado flexibilize as regras previstas adotando medidas atípicas para fins de satisfazer o direito:

O art. 139 do Novo CPC trata dos poderes do juiz, prevendo em seu inciso IV ser um deles a determinação de 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. Entendo que esse dispositivo claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação. E também que supera o entendimento de que as astreintes não sejam cabíveis nas execuções de obrigação de pagar quantia certa.²⁷

De acordo com MARINONI, ARENHART E MITIDIERO há uma grande confusão nos referidos termos utilizados no artigo 139, IV do CPC aos misturar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórios:

(...) Há evidente excesso nas expressões empregadas (medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”) na medida em que as medidas coercitivas são espécies de medidas indutivas (as medidas indutivas podem ser de pressão positiva, quando se oferece

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. . *Manual de Processo Civil – Volume Único* . 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. P.1802

uma vantagem para o cumprimento da ordem judicial ou coercitiva, quando se ameaça um mal para obtenção da satisfação do comando) Há também confusão de categorias já que o efeito mandamental – ao lado do efeito executivo – é o efeito típico das ordem judiciais (que veiculam medidas indutivas e sub-rogatórias).²⁸

Desta forma a própria falta de técnica legislativa gera ainda maiores problemas na aplicação do instituto.

Contudo acerca da inovação do Código de Processo Civil a doutrina afirma que o referido diploma legal deve ser objeto de reflexão para os aplicadores do direito:

(...) Trata-se de regra que convida à reflexão sobre o CPC de 2015 ter passado a admitir, de maneira expressa, verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo Código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Um verdadeiro “dever-poder geral executivo” ou de efetivação.²⁹

No caso nos parece que razão assiste a doutrina acima a qual determina cautela no momento da sua aplicação uma vez que trata-se de um verdadeiro poder geral executivo, o que se mostra extremamente amplo o espectro de atuação do Magistrado.

Todavia há doutrinadores que entendem que as referidas medidas podem ser aplicadas de ofício, afirmado que há um grande espectro para aplicação do referido diploma legal:

(...) maior ainda razão para entender que, como sustentado acima, o juiz está autorizado agir de ofício na adoção das medidas necessárias a assegurar o cumprimento de suas ordens judiciais em geral, na medida em que, por disposição expressa contida no art. 533 e, por consequência do disposto no § 3º do artigo 535 podem ser adotadas de ofício pelo juiz no cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa.³⁰

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *op.cit.* p. 605.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. op.cit.* p 184

³⁰ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de..In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JUNIOR, Freddie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coord) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 452

Assim caberia ao juiz diante do caso concreto analisar qual a medida mais satisfatória para se atingir o fim almejado:

Como tais poderes judiciais encerram cláusula geral e diante da atipicidade de tais medidas, o juiz deve avaliar, de acordo com o caso concreto, a técnica mais adequada a ser aplicada, valendo-se do princípio da proporcionalidade, de modo que, dentre as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (...) Como consequência da liberdade de escolha que o juiz terá ao determinar as medidas para assegurar o cumprimento das suas ordens judiciais, é lícito alterá-las quando verificar que não se presta mais a alcançar o fim almejado, ou que outra medida se mostre mais eficaz ainda que não tenha sido provocado pelas partes.³¹

Contudo em que pese a liberdade conferida por este artigo nos parece que não há qualquer prevalência destas medidas atípicas sobre as típicas, ao contrário o mesmo deve ser visto com cautela, eis que em um ambiente de atipicidade se de um lado temos a efetividade, que corresponde a completa satisfação, de outro lado, há o executado a quem deve ser garantido de forma ampla e efetiva o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Assim razão parece estar com a doutrina que afirma que ainda que o manuseio dos meios executivos estejam com o magistrado o mesmo deve escolher a menos onerosa ao devedor:

(...)Porquanto o manuseio dos meios executivos esteja atualmente entregue à “escolha” do magistrado – que, diante do caso concreto e para atender de forma justa e tempestiva o direito material, poderá utilizar o meio adequado para obter o melhor rendimento jurisdicional –, não vemos aí nenhum ponto de discricionariedade judicial, tendo em vista que a opção, além de ser a “adequada” para a hipótese, deve ser fundamentada, aliás, como toda e qualquer decisão. O limite natural dessa escolha, e que o juiz não pode perder de vista, é o de que, havendo mais de um meio adequado, a escolha deve ser feita de modo a acarretar o menor sacrifício possível ao devedor, tal qual determina o art. 805 do CPC.³²

Portanto como bem ressaltado acima não pode-se afirmar que o Magistrado possua um amplo poder, ao contrário, ainda que as medidas sejam atípicas ele encontra

³¹ Idem.

³² ABELHA, Marcelo. op.cit. p. 74.

limites na própria lei, na adequação e na proporcionalidade da medida, sendo que a escolha sempre deve ser devidamente motivada.

Desta forma mesmo no âmbito da tipicidade, a utilização das referidas medidas podem até ser solicitadas, mas nunca terão intensidade maior do que as demais regras existentes que exigem um determinado comportamento a ser adotado pelo juiz sob pena de o mesmo estar cometendo ilegalidade ou mesmo arbitrariedade.

Desta forma nos parece que as referidas medidas devem ser vistas com cautela, ponderando os valores, não gerando uma punição ou um constrangimento indevido.

A jurisprudência vem se deparando em diversos momentos com a aplicação do referido artigo sendo que o que mais se discute são os limites da mesma.

No processo abaixo, por exemplo, foi considerado desarrazoável o bloqueio da CNH e do passaporte face a ausência de correlação entre a apreensão dos referidos documentos e a satisfação do crédito. Assim determinando o Magistrado de primeira instância tal bloqueio o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a decisão não se mostrava razoável diante do caso concreto:

"EXECUÇÃO – Adoção de medidas coercitivas atípicas - Bloqueio de passaporte e Carteira Nacional de Habilitação (CNH) que se mostra irrazoável – Ausente correlação entre a apreensão dos documentos e a satisfação do débito – Prevalência do direito constitucional de locomoção – CF, 5º, XV – Recurso provido. EXECUÇÃO – Tutela de urgência - Adoção de medidas coercitivas atípicas - Disposição no art. 139, IV, CPC/15 que deve ser interpretada com cautela, verificando sua adequação, necessidade e proporcionalidade – Bloqueio de cartão de crédito que se configura meio de punição e constrangimento – Utilização corrente para pagamento de despesas básicas – Cancelamento que poderia dificultar a subsistência do executado – Recurso provido."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2233541-16.2017.8.26.0000; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/03/2018; Data de Registro: 06/03/2018)

Da mesma forma a jurisprudência já tem se manifestado no sentido de que a utilização de tais poderes não pode violar direitos constitucionais como o direito de ir e vir, liberdade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Decisão de primeiro grau que, com fundamento no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil vigente, determinou medidas assecuratórias do cumprimento de comando judicial – Hipótese em que, dentre as providências, foi determinada a penhora de bens (meios tradicionais de satisfação do crédito), posteriormente tornada sem efeito, porquanto gravados os bens imóveis com cláusula de impenhorabilidade – Inscrição do nome do executado nos cadastros de inadimplentes e protesto consubstanciados no título judicial – Possibilidade – Inteligência dos artigos 782, §3º e 517, ambos do Diploma Processual Civil – Medidas coercitivas atípicas – Não cabimento na espécie – Apreensão e bloqueio de cartões de crédito e impedimento de contratação de empréstimos ou mútuos bancários que não se coadunam com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que devem ser observados, conforme preceitua o disposto no artigo 8º, do CPC – Proibição de saída do país que, na hipótese, constitui ofensa ao direito de ir e vir constitucionalmente consagrado no artigo 5º, inciso XV, da CF – Decisão de primeiro grau que merece ser modificada quanto a esse aspecto, afastando-se as medidas coercitivas atípicas aplicadas – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2229933-44.2016.8.26.0000; Relator (a): Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/08/2017; Data de Registro: 08/08/2017)

Portanto as decisões proferidas com fundamento nas medidas atípicas deve o Magistrado se pautar com os valores constitucionais que estão em jogo. Assim deve o mesmo atuar de acordo com os princípios constitucionais, sendo que uma dívida não poderia cercear a liberdade do devedor ou impedir o direito do mesmo de ir e vir. Entretanto somente no caso concreto, pela ponderação dos princípios envolvidos, é que será possível aprofundar melhor a resposta.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente analisou a questão, no HC 97876, e entendeu que foi desproporcional a suspensão do passaporte

de um devedor, de forma a coagi-lo a pagar uma dívida. No caso a turma entendeu que a suspensão do passaporte violava o direito de ir e vir e o princípio da legalidade.

No referido julgado verifica-se que o Ministro Relator Luis Felipe Salomão ao analisar o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 afirmou que o Superior Tribunal de Justiça deve analisar a aplicação das medidas atípicas, eis que apesar do CPC prever a aplicação das mesmas não significa que as mesmas podem alcançar a liberdade individual ou pessoal:

(...)Não bastasse isso, como antes assinalado, o próprio diploma processual civil de 2015 cuidou de dizer que, na aplicação do direito, o juiz não terá em mira apenas a eficiência do processo, mas também os fins sociais e as exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade. Destarte, o fato de o legislador, quando da redação do art. 139, IV, dispor que o juiz poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias, não pode significar franquia à determinação de medidas capazes de alcançar a liberdade pessoal do devedor, de forma desarrazoada, considerado o sistema jurídico em sua totalidade.

Contudo o Ministro não nega que o artigo 139, IV representa um instrumento importante para viabilizar a satisfação da execução. Da mesma forma, do que se depreende do referido acórdão o mesmo não veda a apreensão o passaporte, entretanto entendeu que a medida não era adequada ao caso concreto.

Da mesma forma enfrentou a questão acerca da suspensão da CNH, entendendo que com relação a tal ponto a jurisprudência do STJ já era pacífica no sentido que tal medida não gera uma coação ilegal ou arbitrária, nem mesmo impede o direito de ir e vir.

Do que se depreende dos referidos julgados verifica-se que a utilização dos meios coercitivos dependem do caso concreto. Assim a questão ganha ares de complexidade quando se coloca as decisões frente ao texto constitucional, eis que esta deve ser um limitador a atuação das medidas coercitivas.

Portanto razão assiste a doutrina que afirma que o juiz tem o dever de conduzir o processo, submetendo as partes as suas decisões. Contudo qualquer desvio no momento da aplicação geraria um desvio de Poder e até mesmo um abuso de autoridade:

(...) A direção do processo implica o exercício do poder e de autoridade sobre as partes, os intervenientes e os auxiliares da Justiça, no processo. O governo dessas relações dá-se durante os atos procedimentais, com a emissão de ordens e a regência e controle do que se passa no processo. Para tanto, o texto normativo novo diz, pode o juiz exercer o poder procedendo por raciocínio indutivo, obrigar as partes os sujeitos da relação processual aos comandos que irradiam de sua autoridade, mesmo que esteja provisoriamente no exercício do poder, por ter assumido o lugar de outra autoridade de igual poder. O desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto³³

Portanto no momento de se utilizar das medidas atípicas as mesmas devem partir dos princípios constitucionais e em seguida das leis.

Assim seria tarefa da doutrina e dos tribunais fornecer critérios dogmáticos seguros para aplicação desse dispositivo, que segundo a doutrina constituem cláusulas gerais executivas:

A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça no caso concreto.³⁴

Desta forma de tudo que fora estudado até o momento a questão que se busca debater é sobre os limites da discricionariedade judicial no momento de determinar a aplicação das medidas atípicas.

Afinal conforme estudado até o presente momento verificou-se que ainda que sejam medidas atípicas elas são expressamente previstas no ordenamento, sendo que os Juízes possuem pelo ordenamento jurídico poderes para atuar. Assim diante da norma prevista no Código de Processo Civil quais seriam os limites do Magistrado para fins de

³³ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 583

³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredi. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* p.104.

determinar aplicação de tais medidas ou se poderia afirmar que o mesmo não apresenta limites estando de acordo com a sua consciência e criatividade, cabendo a ele buscar ao máximo a efetividade da execução?

Tal questão conforme visto nos julgados analisados se mostram de suma importância, uma vez que tanto a doutrina e principalmente a jurisprudência vem sendo chamadas para analisar diante do caso concreto qual a medida adequada, bem como se houve algum excesso por parte do Magistrado no momento da aplicação da lei. Desta forma, patente a necessidade de se buscar verificar se há ou não alguma caminho a ser adotado quando se fala em medidas atípicas, bem como quais os princípios ou normas que auxiliam no momento da aplicação da norma ou mesmo de uma eventual limitação ao Poder Judiciário.

6. CRITÉRIOS PARA A UTILIZAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS - PRINCIPIOS LIMITADORES DOS PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme já estudo no tópico acerca da constitucionalização do processo, ou seja, do modelo constitucional do processo não há como se afirmar diante do modelo brasileiro que possa admitir que os Magistrados agissem de forma não limitada pelo próprio ordenamento, em especial pela Constituição, a qual deve determinar todo o agir do aplicador da lei.

Contudo não se nega que quando tratam-se de medidas típicas a questão é mais fácil de ser resolvida uma vez que o Magistrado somente pode aplicar as medidas previstas em lei. Entretanto a questão se demonstra complexa quando se fala em medidas atípicas, uma vez que será decidida diante do caso concreto, sendo que conforme visto de diversos julgados, pode o mesmo apresentar soluções diversas. Afinal do próprio julgado recente do Superior Tribunal de Justiça o mesmo não nega a adoção das medidas em questão, contudo entendeu que não são adequadas no caso em concreto.

Neste sentido importante trazer os ensinamentos da doutrina na qual afirma que a liberdade deve ser concedida ao juiz, mas contudo jamais pode utilizar de forma a contrariar o sistema:

Essa liberdade concedida ao juiz naturalmente aumenta sua responsabilidade, não sendo admissível que a utilize para contrariar a lei ou mesmo princípios do Direito. Não pode, por exemplo, determinar a prisão civil fora da hipótese de devedor inescusável de alimentos, nos termos do art. 5.º, LXVII, da CF. Tampouco poderá determinar que banda de música com camisetas com a foto do devedor o persiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida ou outras formas vexatórias de pressão psicológica. E mesmo nos exemplos dados de meios executivos atípicos em parágrafo anterior, deve o juiz atuar com imparcialidade e razoabilidade. Não pode, por exemplo, determinar a suspensão da habilitação de devedor que tem na condução de automóveis sua fonte de subsistência (taxista, motorista do Uber, motorista de ônibus). Tampouco parece correto proibir a contratação de novos funcionários de empresa que deve verbas salariais quando a contratação for indispensável ao próprio funcionamento da empresa.³⁵-

Assim parece óbvio que o modelo constitucional do processo é quem vai reger toda a questão em debate, ou seja, que caberá sempre a análise constitucional para fins de verificar a legalidade ou não da medida em debate.

De tudo o que foi dito acima extrai-se que os poderes do juiz não são ilimitados, visto que encontram limites na lei e na Constituição, bem como na principiologia jurídica e na finalidade a ser alcançada no processo. A propósito dessa limitação, resulta importantíssimo o debate doutrinário e jurisprudencial que se estabeleceu acerca do ativismo *versus* garantismo judicial.³⁶

Desta forma muitos Tribunais tem se utilizado da proporcionalidade para fins de adotar a solução adequada ao caso concreto.

Além disso, há muitos julgadores e doutrinaires que complementa com o previsto no artigo 8º do CPC para fins de estabelecer quais seriam os limites do juiz:

Art. 8º 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.

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.* p.1802.

³⁶ CIANCI, Mirna. DOS SANTOS, Romualdo Baptista. *Op.cit.*

Portanto nos parece que em um sistema de medidas típicas devemos conciliar técnicas atípicas, com a adequação, a necessidade, proporcionalidade em sentido estrito a fim de que poder judicial de escolha da técnica possa ser controlável.³⁷

Afinal de um lado temos uma norma processual a qual autoriza o uso de medidas atípicas, não podendo o Magistrado se furtar de utilizar as mesmas, quando expressamente autorizadas. Além disso, as mesmas permitem que seja dada uma maior efetividade as execuções, até então consideradas muitas vezes inócuas em nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado não se pode admitir um poder o qual não possa ser controlado, sendo que a limitação dos poderes de execução do juiz conferem legitimidade ao Poder Judiciário.

Assim estudando o tema nos parece que os postulados abaixo são as principais balizas para orientar o julgador no momento da aplicação da norma.

6.1 Dignidade Da Pessoa Humana

A condução de um processo judicial e via de consequência a utilização das medidas executivas sempre devem ter em caráter antecedente e baseado no respeito a dignidade da pessoa humana, sendo talvez o primeiro limitador a atuação jurisdicional:

Portanto o juiz ao aplicar o ordenamento jurídico e ao conduzir o processo deve resguardar e promover a dignidade humana, o que significa encarar o processo como um meio para a tutela dos direitos, respeitar a liberdade das partes nos seus espaços de autodeterminação³⁸ e adotar o contraditório como método de trabalho.

Assim a dignidade da pessoa humana seria um meio para a tutela dos direitos, ou seja, o Processo Civil jamais pode ser utilizado como um meio que não se encontre orientado para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Portanto “a dignidade da

³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredi. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* p.114-115

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *op.cit.* p. 159

pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida”.³⁹

No exercício da atividade jurisdicional do Estado, o juiz não pode ultrapassar os limites dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Estes direitos, enunciados exemplificativamente nos art. 5º, 6º e 7º da Constituição, devem ser observados como limites principiológicos ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

6.2 Motivação

A motivação é dever dos Magistrados nos termos do artigo 93, IX CF, bem como do previsto nos artigos 11 e 489 do CPC:

(...) As decisões do Poder Judiciário, quer sejam administrativa (CF, 93, X) quer jurisdicionais, tem de ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade, cominada no próprio texto constitucional. A exigência de fundamentação das decisões judiciais é manifestação do princípio do devido processo legal (CF art. 5, LIV, CF). Não é necessário que a regra constitucional seja regulamentada, visto que, no Estado Democrático de Direito, todos os Poderes estão litados e vinculados substancialmente à CF.⁴⁰

Portanto a motivação se mostra essencial quando o Poder Judiciário utiliza dos poderes previsto nos artigos 139, IV do CPC determinando uma medida atípica para forçar o cumprimento. Seria pela análise da motivação que se poderá controlar a sua escolha por esta ou aquela medida executiva atípica.

6.3 Da Proporcionalidade

A escolha de uma determinada medida atípica é uma tarefa complexa ao julgador, devendo ser levada em consideração conforme o caso concreto.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 107
⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *op.cit.* p. 221.

Segundo Humberto Ávila⁴¹ o princípio da proporcionalidade se manifesta sempre que houve uma medida concreta a ser aplicada para uma finalidade e o grau de restrição causado.

Assim são inerentes a proporcionalidade:⁴²

- 1) Adequação: se o meio é adequado para o fim almejado;
- 2) Necessidade: dentre os meios disponíveis e legalmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?
- 3) Da proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio adotado;

Desta forma, do que se depreende dos ensinamentos acima a proporcionalidade reside na aplicação dos meios proporcionais, adequados e necessários para alcançar um fim.

Portanto com o aumento dos poderes de execução do juiz permitindo a adoção das medidas atípicas a proporcionalidade ganha uma grande importância, uma vez que faz a relação necessária entre o uso do poder e as peculiaridades da situação conflitiva.

Desta forma diante do caso concreto, ou seja, da situação da execução apresentada o Magistrado deve apresentar o meio necessário e adequado para o fim o qual o exequente almeja, contudo não pode onerar o executado de tal forma, no qual as vantagens da referida medida superem as desvantagens causados ao devedor.

No caso a proporcionalidade não se confunde com:⁴³

⁴¹ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 200

⁴² Idem p.187

⁴³ Idem p.163

- a) Proibição do Excesso: a realização de uma regra ou princípio constitucional jamais pode conduzir a restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Assim a proibição do excesso incide sempre que um direito fundamental eventualmente em jogo gerar uma restrição excessiva. Portanto, ainda que a medida seja aparentemente adequada, por meio da proibição do excesso, veda-se que atinja-se um direito fundamental de forma excessiva.
- b) Princípio da Eficiência: através da eficiência o que se busca obter é o máximo de um fim com o mínimo de recursos. Desta forma, eficiente é a atuação que atinja um fim satisfatório através dos meios necessários alcançando o fim pretendido com a medida determinada.
Assim, ao adotar uma medida o Magistrado deve pautar a sua escolha os meios que permitam alcançar o resultado almejado, com certo grau de probabilidade e não pode escolher um meio que produz muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado.
- c) Razoabilidade: a razoabilidade deve sempre presidir as escolhas do Juiz atuando de três formas: equidade (harmonizar norma geral com o caso individual), como congruência (harmonização das normas) e dever de equivalência (equivalência entre as medidas adotadas e o critério que dimensiona).⁴⁴
- d) Menor onerosidade da execução: também previsto no artigo 805 do CPC havendo duas medidas igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido (crédito), deverá o órgão julgador valer-se daquele que menos onere o devedor. Evita-se assim comportamentos abusivos do credor.

Desta forma a medida deve:

- 1) Ser adequada: o critério da adequação impõe ao juiz uma relação empírica entre o meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido. Assim a

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredi. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* p. 113-114

providência determinada pelo Poder Judiciário deve que se mostrar a mais propicia a gerar o resultado.

No caso a medida acaba sendo atingida pela proporcionalidade e da eficiência, ou seja, exige-se que os meios adotados possam promover algum resultado significativo, permitindo o resultado almejado.

Da mesma forma exige-se que a medida seja eficaz, ou seja, que se atinja o fim almejado com o mínimo de meios necessários.

- 2) A medida deve ser necessária: “o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àqueles inicialmente escolhidos (...) e que possam promover igualmente o fim, sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”.⁴⁵ Portanto a necessidade funciona como um contrapeso ao critério da adequação. Afinal exige-se do Magistrado que leve em conta a posição do devedor. Desta forma não pode o juiz somente buscar o resultado o almejado, mas também gerar o menor sacrifício ao executado. Desta forma, meio deve ser o estritamente necessário para a satisfação do crédito, sendo vedada a proibição do excesso bem como respeito a menor onerosidade para o executado e da razoabilidade.⁴⁶
- 3) Proporcionalidade em sentido estrito: a medida deve conciliar os interesses contrapostos, afinal as vantagens da utilização da medida atípica escolhidas superem as desvantagens do seu uso. A perspectiva é do equilíbrio entre as medidas, baseando-se na proporcionalidade, na razoabilidade e na eficiência.

Assim nos parece que a compreensão da proporcionalidade é a mais importante no presente estudo, o magistrado antes de adotar as medidas atípicas deve no momento da escolha se pautar no que foi acima estudado: a medida é adequada, é necessária e é proporcional. Desta forma respeitando este trinômio o mesmo estaria atingindo o que se busca nas medidas atípicas, atingir a satisfação da execução sem violar os direitos do executado.

⁴⁵ AVILA, Humberto. *op.cit.* p.163

⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredi. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op.cit.* p. 114.

6.4 Contraditório

O contraditório é previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Assim, o princípio do contraditório é um corolário do princípio do devido processo legal, e significa que todo acusado terá o direito de resposta utilizando, para tanto, todos os meios de defesa admitidos em direito. Desta forma o contraditório é oportunidade de se manifestar sobre a opinião da parte contrária.⁴⁷

Mediante o contraditório, também são prestigiados os princípios essenciais do Estado, notadamente o da igualdade, trazido no processo, como paridade de armas entre os litigantes e a segurança jurídica. Não se trata da bilateralidade entre as partes, mas da efetiva participação. Nas palavras de Humberto THEODORO JUNIOR:

O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar ativa e concretamente da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado.⁴⁸

No mesmo sentido nos esclarece Marcelo ABELHA⁴⁹ que o contraditório moderno não se resume a ideia de defesa, mas deve ser ligada a noção de um verdadeiro dialogo, possibilidade da parte ser ouvida, com paridade de armas no jogo do processo.

⁴⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁴⁸ THEDORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58 ed. Rio de Janeiro, 2017. P 86

⁴⁹ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.66

Portanto o contraditório se insere numa perspectiva ampla de manifestação do Estado Democrático de Direito fixado na Constituição e viabiliza a participação no resultado do processo, dando legitimidade à solução e a imposição coercitiva desta.

6.5 Da Vedação da Prisão

Entende-se ainda que dentre as medidas atípicas não caberia ao Magistrado deferir a prisão como medida atípica, eis que a mesma é vedada pelo ordenamento jurídico.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não se admitiria uma interpretação ampliativa do texto constitucional:

HABEAS CORPUS. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. PRISÃO CIVIL. ILEGALIDADE. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida. STJ HC 182228 / SP
HABEAS CORPUS
2010/0150188-2. Min. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) DJe 11/03/2011

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. Quem deixa de pagar débito alimentar decorrente de ato ilícito não está sujeito à prisão civil. Ordem concedida." (HC n. 92.100/DF, relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 1º/2/2008.)

Contudo há alguns doutrinadores que entendem que a mesmas pode ser utilizado como

(...) Dessa forma, nada obstante o legislador tenha, aprioristicamente, privilegiado a liberdade individual, entendemos que é possível afastá-la quando, no caso concreto, ela se mostrar em rota de colisão outro direito fundamental. A possibilidade de ponderação de interesse é expressa no caso de devedor de alimentos, mas também deve ser admitida, como decorrência da própria aplicação da teoria dos direitos fundamentais, em outras hipóteses não expressamente previstas.⁵⁰

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredi. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* p.131.

Contudo razão assiste a doutrina que afirma que a prisão trata-se de um limite intransponível:

No entanto, a referida expressão encontra limites intransponíveis no texto constitucional, a começar pelo art. 5º, LXVII, que veda a prisão por dívida, salvo o inadimplemento injustificado e inescusável de débito alimentar. É que a Constituição consagra uma plêiade de princípios, como a dignidade, a igualdade, a liberdade e a legalidade, que norteia a aplicação de todo o direito infraconstitucional. Logo, apenas em face desses princípios constitucionais, não se poderia emprestar o alcance pretendido à expressão “todas as medidas indutivas, indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial”.⁵¹

Portanto entende-se que a prisão é medida extrema que somente pode ser admitida em caso de alimentos, sendo um limite para aplicação de medidas atípicas.

7. DA TUTELA JURISDICIAL EFETIVA

Até o presente momento foi discutido os limites para atuação do Magistrado no momento da utilização das medidas atípicas. Contudo não se pode perder de vista que há a necessidade de que a tutela executiva deve ser efetiva, portanto ainda que a atuação apresente limites, por outro lado o processo deve ser efetivo, ou seja, não somente prestar a tutela jurisdicional, mas prestá-la de forma efetiva.

O art. 5º da Constituição Federal elenca uma série de direitos fundamentais, entre eles o direito à tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, afirma que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

Assim no momento da prestação jurisdicional não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Portanto a resposta do Poder Judiciário deve ser não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas uma forma de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial:

⁵¹ CIANCI, Mirna. DOS SANTOS, Romualdo Baptista. *Op.cit.*

(...) Note-se, contudo, que essas previsões legais são apenas indicativos de que o juiz não pode deixar de ter poder para aplicar a técnica processual adequada, pois se fosse aceitável a tese de que a tarefa do juiz está subordinada à expressa previsão de meio executivo, a legislação processual poderia negar-lhe as ferramentas necessárias para o cumprimento do seu dever e para o respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Por isso mesmo, não se pode pensar que o juiz assumiu poder apenas para tratar das medidas adequadas em face das obrigações de não-fazer, de fazer ou de entregar coisa. Perceba-se que, se o juiz incorporou o dever de prestar tutela antecipatória diante das necessidades das variadas situações de direito substancial, ele evidentemente passou a ter poder para conferir-lhe efetividade, mediante a aplicação do meio executivo adequado. Até porque seria absurdo pensar que o juiz tem poder para conceder a tutela antecipatória, mas não para fazê-la efetiva.

(...)

Diante dessa hipótese, basta ao juiz *justificar* a necessidade dessa técnica executiva, *aludindo à situação carente de tutela*, para que então a multa possa ser aplicada com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁵²

Assim, no estudo de medidas atípicas nunca se deve perder que se de um lado há que se respeitar os direitos dos devedores, de outro sempre deve ser perseguido a tutela efetiva ao credor. Afinal este não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva.

Desta forma se o artigo 139, IV do CPC permite a utilização de um direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, não se pode admitir que o juiz o deixe de utilizar, eis que o tem o dever de satisfazer ao credor.

Assim direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz, com o objetivo final de assegurar a verdadeira tutela efetiva nos exatos termos da Constituição Federal.

⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

8. CONCLUSÃO

No presente trabalho buscamos analisar a utilização das chamadas medidas atípicas executivas com base nos limites e preceitos constitucionais, ou seja, com base nas determinações constitucionais que cercam o tema.

Em um primeiro momento analisamos a transformação da execução que em um primeiro momento era somente permitida as medidas típicas, sem qualquer liberdade ao Magistrado, para fins de conter o autoritarismo. Contudo o excesso de limitações gerou um processo ineficiente e que somente gerava insatisfações aos credores, desta forma verificou-se a necessidade de medidas executivas que passassem a atender os interesses também do credor.

Da mesma forma estudou-se brevemente a interferência do modelo constitucional, a sua relevância e importância, bem como a necessidade de compreender o processo civil sob a ótica da Constituição, em uma inversão do estudo que era feito há muitas décadas atrás.

A Constituição Federal enquanto norma fundamental do direito deve permear todas as relações e, quando se estuda os poderes do juiz, a mesma se demonstra de maior importância, pois é nela que se encontra a base para a aplicação do referido instituto.

Superada a compreensão da necessidade dos poderes atípicos frente a crise da execução, bem como da necessidade da leitura do referido instituto com base na Constituição Federal, buscou-se no presente trabalho compreender quais seriam estes poderes do juiz, ou seja, como eles atuariam. Neste estudo novamente volta-se ao modelo constitucional do processo, uma vez que toda a vez que se verifica um poder, a norma constitucional se demonstra a mais forte limitação do mesmo.

Compreendido o referido instituto passou a apresentar quais seriam os limitadores que deveriam ser aplicados na utilização de tais poderes executivos pelo Juiz. Assim como fundamento máximo verificamos a dignidade da pessoa humana

como essencial na condução do processo, uma vez que nunca um juiz ao adotar as medidas atípicas pode ofender a mesma.

Da mesma forma estudou-se a importância da motivação das decisões quando se adota uma medida atípica, eis que ele é o meio mais importante do controle. Afinal através das razões que levaram a adoção da mesma é que se pode auferir se há ou não abusos.

Além disso analisou-se o contraditório, o qual deve ser amplamente respeitando quando da utilização das medidas atípicas, evitando qualquer arbitrariedade ou ofensa ao devido processo legal. Da mesma forma concluiu-se que as medidas atípicas não poderiam ir contra o ordenamento, como permitir a prisão.

Após analisar as medidas atípicas frente o modelo constitucional constatou-se que o instrumento mais adequado para a sua aplicação é a proporcionalidade, decorrência lógica da Constituição, devendo ele balizar toda a atuação do Magistrado. Afinal por meio do princípio da proporcionalidade o Magistrado somente pode atuar se a medida se mostrar adequada para o fim que se busca, necessária e por fim proporcional, ou seja, que não gere uma onerosidade excessiva a nenhuma das partes.

Desta forma tendo em conta os exatos termos da proporcionalidade o Magistrado estaria apto a proferir uma decisão em consonância com o sistema constitucional.

Contudo ao final dos estudos demonstrou-se necessário a exata compreensão da efetividade, enquanto exigência constitucional, para fins de evitar que as medidas atípicas não sejam utilizadas em um sistema, onde se verificou no início do trabalho que encontra-se em crise.

Assim concluiu-se que as medidas atípicas são extremamente necessárias, podendo e devendo os magistrados fazerem uso das mesmas, contudo o eles encontram-se limitados ao modelo constitucional do processo, não cabendo a eles adotar medidas que contrariem de qualquer modo a Carta Constitucional sob pena de estarem cometendo arbitrariedades.

Desta forma o modelo constitucional surge como o elemento necessário e essencial para os poderes executórios do juiz, devendo este sempre se pautar nos institutos constitucionais para fins de não criar medidas que ofendam em ultima análise o próprio Estado Democrático de Direito e evitando em ultima análise que a balança do Poder Judiciário se desequilibre em prol de uma das partes.

BIBLIOGRAFIA

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ASSIM, Araken de. *Manual de Execução*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2016.
- CIANCI, Mirna. DOS SANTOS, Romualdo Baptista. *Limites legais e constitucionais aos poderes do juiz: a polêmica em torno do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil*. In: ALVIM, Teresa Arruda. CIANCI, Mirna. DELFINO, Lúcio. *o Novo CPC Aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredi. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Execução*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*.2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5974>>.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>.
- NAVARRO, Trícia. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*, disponível em <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*.8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PINHEIRO, Paula Eduardo D ´Arce. *Poderes Executórios do Juiz*. São Paulo, Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 29 ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2017.

TUCCI, Rogério Cruz e. *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade*. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-princípio-legalidade>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JUNIOR, Freddie. TALAMINI, Eduardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.