



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Parecer nº 449/2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único n.º 291148/2018

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.941/DF

Requerente: Partido dos Trabalhadores-PT
Interessados: Congresso Nacional
Relator: Ministro Luiz Fux

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. ARTS. 139, IV; 297-CAPUT; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 536-CAPUT, E §1º E 773-CAPUT DA LEI FEDERAL 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E PASSAPORTE. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E LICITAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA. DIGNIDADE HUMANA. SEPARAÇÃO MODERNA ENTRE O PATRIMÔNIO E O INDIVÍDUO PROPRIETÁRIO. ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. DEVER DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA EXECUTIVA ABERTA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS PELO JUIZ DEVE SE LIMITAR AO PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE E AOS LIMITES DA APLICAÇÃO DO DIREITO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS TÍPICAS.

1. A fase de cumprimento da sentença, em qualquer tipo de obrigação, não é punição ao devedor. O Estado de Direito repele qualquer medida que se aproxime da vingança ou que supere a autorização constitucional para invasão do patrimônio do devedor para satisfazer o crédito.

2. O princípio da patrimonialidade reflete o aprimoramento moderno do sistema de responsabilização civil. Quando particulares realizam transações quanto a bens disponíveis, apenas o patrimônio dessas partes responde por suas obrigações. A única exceção, definida pela própria Constituição, é a obrigação de prestar alimentos. Tal excepcionalidade se justifica pela dignidade humana, que impõe

a solidariedade jurídica no atendimento de necessidades básicas de pessoa em condição de dependência.

3. A apreensão de Carteira Nacional de Habilitação, passaporte, a suspensão do direito de dirigir e a proibição de participação em concursos públicos ou licitações, como formas de coagir o devedor a cumprir sentença e se submeter a execução, são inconstitucionais.

4. O conjunto de liberdades fundamentais - de contratar, escolher profissão, ir e vir, prestar e usufruir de serviços - não podem ser sacrificadas para coagir ou constranger o devedor de prestação pecuniária.

5. Mesmo com a autorização legislativa presente na cláusula geral que possibilita a fixação de medidas atípicas para cumprimento da sentença, o juiz não é livre para restringir mais direitos que o legislador. Ampla discricionariedade judicial, nesse temática, ameaça o princípio democrático.

6. Na aplicação de medidas atípicas, diversas da apreensão de CNH, passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em concorrências públicas, o juiz deverá fundamentar a decisão para esclarecer como as medidas típicas foram insuficientes no caso e demonstrar a proporcionalidade e adequação da medida atípica que adota.

- Parecer pela procedência do pedido.

I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores-PT, contra os arts. 139-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-*caput* e §1º e 773 da Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil.

Eis o teor das normas impugnadas:

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;

(...)

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.

Art. 380. (...)

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Art. 403. (...)

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.

O requerente afirma que as medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias de apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública violam o art. 5º-II e XV, 37-I e XXI, 173-§3º e 175 da Constituição.

Argumenta que a impugnação dirige-se à “*interpretação que possibilita retrocesso social a permitir que, à míngua do princípio da responsabilidade patrimonial, o devedor seja compelido ao adimplemento de suas obrigações às custas de sua liberdade*”. Segundo o requerente, as mencionadas medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias afrontam o princípio da proporcionalidade, já que permitem que as liberdades sejam restringidas em razão de dívida civil.

Pleiteia, liminarmente, que sejam rechaçadas “*certas aplicações conjecturadas acerca do art. 139, IV, do CPC/2015*”. Pede, ao fim, a confirmação da liminar, para que as normas mencionadas sejam declaradas nulas, sem redução de texto, de modo a rechaçar como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias de apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

O Relator adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 e requereu informações das autoridades interessadas.

A Presidência da República afirmou quer as normas questionadas fortalecem o direito fundamental à tutela executiva que visa “garantir aos sujeitos de direito não só um provimento jurisdicional que reconheça determinado direito subjetivo, mas que também lhes ofereça meios suficientes para satisfazê-lo”. Manifestou-se, assim, pela improcedência do pedido.

A Câmara dos Deputados limitou-se a informar que o Projeto de Lei 8.406/2010, que deu origem à Lei 13.105/2015, foi processado dentro dos trâmites constitucionais e regimentais.

A Advocacia-Geral da União afirma, preliminarmente, que o autor não impugnou todo complexo normativo e que o instrumento de mandato não contém referência expressa a todos os dispositivos impugnados, sendo, portanto, irregular. No mérito, defendeu a constitucionalidade das normas, ressaltando que, se observados os critérios da proporcionalidade e respeito às garantias fundamentais, as normas se adequam ao texto constitucional.

O Senado Federal opinou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pelo integral desprovimento do pedido.

O autor, em nova petição, requereu a rejeição das preliminares apontadas pela Advocacia-Geral da União e, subsidiariamente, concessão de prazo para regularização, nos termos do art. 76 do Código de Processo Civil.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

II

Estão presentes os pressupostos processuais para seguimento da ação.

Embora o instrumento de mandato não faça referência a todos os dispositivos impugnados, resta claro que a legenda autora delegou aos procuradores autorização para a proposição da presente ação. Compreensão diversa configuraria excesso de formalismo e decorrente enfraquecimento da jurisdição constitucional.

Em relação à impugnação de todo o complexo normativo, a ausência de referência aos arts. 301 e 553-parágrafo único, do Código de Processo Civil não é suficiente para tornar a ação inepta ao prosseguimento. Isso porque a cláusula geral que concede poderes ao juiz para fixar medidas executivas atípicas está contida no art. 139-IV do CPC/2015, norma contestada na petição inicial. Eventual declaração de nulidade, sem redução de texto, nos termos requeridos, não poderia ser interpretada de forma estanque. O Código de Processo Civil deve ser aplicado de forma sistêmica e conforme à Constituição. Ademais, as ações de controle de constitucionalidade têm cláusula de pedir aberta, o que possibilita a extensão da decisão do Supremo Tribunal Federal a outros dispositivos processuais de mesmo conteúdo.

III

As normas contestadas pelo requerente referem-se ao conjunto de poderes disponíveis ao juiz (Título IV, Capítulo I do CPC/2015) para garantir o cumprimento de ordem judicial, inclusive de obrigações pecuniárias, em sede de tutela provisória ou definitiva. Com a aprovação da Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), esse conjunto de poderes executórios foi estendido de maneira a incluir medidas executivas atípicas. Esse contorno normativo possibilitou aos juízes inovações como, por exemplo, a apreensão de passaporte ou carteira nacional de habilitação.

Embora o art. 461-§5º da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, (revogado Código de Processo Civil), já possibilitasse ao juiz a fixação das medidas necessárias para efetivação da tutela jurisdicional, essa regra foi expandida no CPC/2015. A aplicação de medidas atípicas têm demonstrado que a força normativa da atual regulação é mais marcante.

Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves:

A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos não é novidade no sistema, já que no CPC/1973 o art. 461, § 5.º, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução – tanto de execução indireta como de sub-rogação –, se valia da expressão “tais como”, em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal. O problema é que o dispositivo que consagrava a atipicidade das formas executivas no CPC/1973 disciplinava a execução das obrigações de fazer e não fazer,

aplicável a execução das obrigações de entregar coisa por força do art. 461-A, § 3.º, do CPC/1973. A consequência mais relevante dessa circunstância era a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicação de *astreintes* na execução da obrigação de pagar quantia certa, ainda que o entendimento fosse criticado por parcela da doutrina. Como o art. 139, IV, do Novo CPC faz expressa menção a ações que tenham por objeto prestação pecuniária, é possível concluir que a resistência à aplicação das *astreintes* as execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação.¹

E também no Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas subrogatórias 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. (Grupo: Execução).²

No atual contexto jurídico, o cumprimento da sentença e a dimensão executória da prestação jurisdicional passaram a receber mais atenção, não apenas pelas conhecidas dificuldades de concretização da ordem judicial, mas pela maior preocupação do Novo Código de Processo Civil com a efetiva tutela de direitos³.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “*a jurisdição não pode significar mais apenas iuris dictio ou “dizer o direito”, (...) mais do que direito à sentença, o direito de ação hoje tem como corolário o direito ao meio executivo adequado*”⁴.”

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Revista de Processo, v. 42, n. 265, mar. 2017.

² Fórum Permanente de Processualistas. Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>.

³ “O ideal é que o Código de Processo Civil seja pensado a partir da ideia de tutela dos direitos. É o compromisso do Estado Constitucional com a tutela dos direitos e, em termos processuais civis, com a efetiva tutela jurisdicional dos direitos em sua dupla dimensão que singulariza o Estado Constitucional. Esse se caracteriza justamente por ter um verdadeiro dever geral de proteção dos direitos. Fica claro, portanto, a razão pela qual a interpretação que o novo Código merece caracteriza-se por um sintomático deslocamento – do processo à tutela.” MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. E-book. Revista dos Tribunais: 2017.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. E-book. Revista dos Tribunais: 2017.

O regime de baixa efetividade dos procedimentos de cumprimento da sentença e mesmo de execução exigiram uma resposta legislativa e judicial que respondesse ao que as estatísticas demonstram como sendo o principal “gargalo” no acesso à justiça.

Dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça/2017, demonstram que, no primeiro grau de jurisdição, 62,58% dos processos pendentes são casos de execução⁵.

Conforme aponta o requerente, decisões judiciais têm determinado a apreensão de Carteira Nacional de Habilitação, do passaporte, terminado a suspensão do direito de dirigir, proibido a participação do devedor em concurso público e em licitações. Essas formas de reforço dos poderes do Estado de obrigar o pagamento ultrapassam as fronteiras do patrimônio da parte, atingindo suas liberdades fundamentais.

Do ponto de vista infraconstitucional, a interpretação desses dispositivos não se conforma ao princípio da patrimonialidade e ao princípio da menor onerosidade. O art. 789 do CPC/2015 define que o devedor “*responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei*”. Dessa forma, garante-se que as liberdades e demais direitos individuais não sejam atingidos em razão do descumprimento do envolvido de deveres patrimoniais.

Além disso, o foco se deslocou para a satisfação do credor. Conforme o princípio da utilidade do resultado,

Ainda na linha de Luiz Guilherme Marinoni e outros:

O que determina a patrimonialidade executiva, no fundo, é a sacralização da autonomia individual e de sua incoercibilidade (*Nemo ad factum precise cogi potest*). Por debaixo da patrimonialidade pulsa, na verdade, a proteção tendencialmente irrestrita ao valor liberdade individual. A concretização desse princípio no processo civil tem duas direções. A primeira está em limitar a execução apenas ao patrimônio do executado, com medidas sub-rogatórias que, por definição, não lhe forcem a vontade. (...) Não é possível, em outras palavras, coagir a vontade do executado, exigindo-se a sua colaboração para obtenção da tutela jurisdicional. A jurisdição é uma atividade substitutiva, (...) que independe da atividade do executado. A execução é promovida pelo Estado – o executado apenas sofre a execução, submetendo-se. A execução é forçada, porque ao juiz não é dado dar ordem às partes: o executado não pode ser coagido a agir, daí por que apenas sofre a execução. A segunda, que as técnicas processuais executivas, voltadas à agressão do patrimônio do executado, estão todas previstas em lei. São técnicas processuais típicas. A razão

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números, ano-base 2017. Disponível em: www.cnj.jus.br

desse posicionamento é singela: “as formas do processo sempre foram vistas como ‘garantias das liberdades’”.

Ainda que a liberdade individual não frua dessa proteção irrestrita, já que a igualdade é princípio constitucional de mesma envergadura, sua proteção está na essência da base liberal dos regimes constitucionais da modernidade.

O art. 139-IV do CPC/2015 contém cláusula aberta que concede ao juiz a possibilidade de instituir medidas que vão além daquelas enumeradas na lei. No exercício desse poder, os juízes têm concedido medidas como as enumeradas pelo autor - apreensão de CNH, passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em concurso público e licitação.

A doutrina processualista divide-se quanto à legalidade dessas medidas atípicas, principalmente em razão do disposto no art. 8º do CPC/2015, outra cláusula geral que determina ao juiz que atenda aos fins sociais, às exigências do bem comum, a dignidade humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Embora esses comandos processuais não fossem imprescindíveis, já que estão presentes na própria Constituição, esse dispositivo deve operar como limite ao conjunto expandido de poderes executórios dado aos juízes no marco do CPC/2015.

Nesse sentido, a possibilidade de utilizar medidas atípicas para garantir o cumprimento da sentença seria limitado pela própria legislação infraconstitucional. Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO. 1. O *habeas corpus* é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise. 3. O CPC/2015 de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. E-book. Revista dos Tribunais: 2017.

executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. 4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. 5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. 6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. 7. **A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.** 8. **A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.** 9. **Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável.** Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. 10. **O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica.** A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência. 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido (Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 97.876, Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 5 jun. 2018, sem grifos no original).

Conforme se observa da decisão, o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que a medida de apreensão do passaporte não é, em si, ilegal. Definidor da sua aplicação seria a adequação da mesma ao caso concreto. Em outras palavras, o acionamento de medidas atípicas, como a mencionada retenção do passaporte, pode ser adequado, desde que em decisão fundamentada, sujeita ao contraditório e ao princípio da proporcionalidade.

A impugnação do requerente nesta ação também não pretende invalidar as disposições processuais que expandem as possibilidades de garantia da execução, ou seja, não há pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas em debate. O conflito com a ordem constitucional seria em relação a algumas dessas medidas atípicas, que estariam em conflito com as liberdades individuais, em especial a liberdade de ir e vir.

Em termos de responsabilidade civil, a evolução histórica da compreensão dos limites do poder estatal de obrigar o devedor guiou as ordens jurídicas modernas pelo norte da responsabilidade patrimonial. Isso significa que o devedor não pode ser coagido, tampouco sua integridade pode ser atingida, em nome do adimplemento da obrigação. Essa é uma decorrência lógica dos direitos fundamentais.

Ocorre que, na execução, o Estado atua em substituição ao credor, assume para si o dever de satisfazer uma pretensão privada, reconhecida como pretensão jurídica válida. Há, portanto, uma autorização jurídica para restrição de direitos do devedor, nas palavras de Araken de Assis:

Em toda execução há invasão da esfera jurídica do executado. Trata-se de algo mais amplo do que a simples ruptura do estrito vínculo patrimonial. Ela é necessária à vista de certos bens personalíssimos (p.ex., “a intimidade”) e de alguns direitos dotados de valores expressivos (p.ex., o crédito alimentar). Com o propósito de atuá-los *in natura*, emprega-se o meio da pressão psicológica (*Psychische Zwang*), traduzida em multa pecuniária, ou *astreinte* (v.g., na execução das obrigações de fazer e não fazer previstas em título extrajudicial, a teor do art. 814, *caput*), mecanismo de pressão patrimonial, ou na privação de liberdade (prisão, a teor do art. 528, §3º), o que, penetra na esfera jurídica do executado; porém, se o expediente tiver êxito, a execução atingirá o patrimônio só por via reflexa.

Técnica talvez delicada, porque vizinhando área sob reserva de valores constitucionalmente protegidos, ela requer prudente cotejo dos interesses em jogo. Mas, é técnica executiva: funcionalmente, atua o direito do demandante e satisfaz seu interesse; e, estruturalmente, aumenta a coerção a ponto de voltá-la contra a pessoa⁷.

Os limites dessa coerção são os direitos fundamentais. Ainda nas palavras do mencionado autor:

⁷ ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 19 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 190.

(...) não se revela difícil agrupar os meios executórios em duas classes fundamentais: (a) a sub-rogatória, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e (b) a coercitiva, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado⁸.

Observa-se, portanto, que o pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para afastar algumas medidas atípicas pode ser provisório. Já que, a cada vez que os juízes lançarem mão de novos mecanismos de cumprimento da sentença, o Supremo Tribunal Federal pode ser convocado a se manifestar sobre elas. Outras medidas atípicas podem vir a ser aplicadas pelos juízes, além daquelas que já o são - como o cancelamento de cartão de crédito, por exemplo.

Dessa forma, o que precisa ser decidido é se o regime de liberdades fundamentais e devido processo legal acolhe meios atípicos de execução e, se afirmativa a resposta, em qual extensão. Se se seguir o norte apontado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo autor dessa ação, tem-se que as medidas atípicas são possíveis, desde que (a) esgotados os meios típicos de cumprimento da sentença e execução; (b) observado o princípio da proporcionalidade, com escolha da medida menos onerosa ao devedor e (c) fundamentada a decisão com demonstração da adequação e necessidade da mesma.

Como já mencionado, a doutrina especializada diverge sobre o tema, Araken de Assis defende que *“a ideia da relativa atipicidade, defendida com base na regra equivalente ao atual art. 536-§1º, esbarra na falta de exemplos práticos convincentes e, ainda, nos valores consagrados na CF/1988”*⁹.

Já Luiz Guilherme Marinoni acredita que o princípio da tipicidade dos meios de execução foi substituído pelo princípio da concentração dos poderes de execução do juiz:

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 de direito material implica na 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

⁸ *Idem*, p. 193.

⁹ *Ibidem*,

casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daqueles casos que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada.

(...)

Se há direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, e essa efetividade depende das circunstâncias do caso concreto, não é possível aceitar a idéia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos previamente estabelecidos em lei. Nessa dimensão, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada, afastando o princípio da tipicidade e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz.¹⁰

É preciso verificar se há essa oposição entre o princípio da tipicidade dos atos executórios e o dever de materialização da execução. A interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas depende do caso concreto, vigorando ou não o mencionado princípio da tipicidade. Mesmo se for vetado ao juiz utilizar medidas coercitivas, indutivas ou subrogatórias diversas daquelas definidas em lei, será necessário escolher qual das possibilidades se amolda ao caso concreto e é capaz de obrigar que o devedor adimpla com sua obrigação. A individualização do caso, seja na fase de conhecimento, seja na cumprimento da sentença, é a atividade do juiz. De forma que parece insuficiente justificar o esgotamento do princípio da tipicidade pelo inescapável caminho da aplicação do direito.

Luiz Guilherme Marinoni também avalia que o sistema processual rompeu com a regra da congruência e hoje possibilita ao juiz fixar meio executivo diverso daquele requerido. Essa superação das amarras a que o juiz estava submetido se deve, segundo sustenta, ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nota-se, nova camada de alargamento dos poderes do juiz, que passa a ter uma função autônoma, inclusive em relação ao próprio credor, no processamento da execução.

Lênio Streck indaga se seria possível, com base no artigo 139-IV do CPC/2015, restringir direitos individuais para obter a satisfação de obrigações pecuniárias:

Queremos discutir técnicas decisórias e processuais atentas à efetividade da jurisdição, o que não implica voluntarismos do juiz. Isso representaria um retrocesso em relação à estrutura do CPC/2015. A atuação do juiz está constrangida por dois lados: primeiro, a participação ativa das partes, não só com o contraditório (artigo 10), como também com sua autonomia para os negócios jurídicos processuais (artigo 190); segundo, a Constituição, a lei, a jurisprudência, a dogmática jurídica processual e a Teoria do

¹⁰ MARINONI, Luís Guilherme. Controle do Poder Executivo do Juiz.. Disponível em: [http://www.marinoni-adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf](http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf)

Direito, controláveis no amplo dever de fundamentação judicial (artigo 489), estabelecendo os limites indisponíveis dessas medidas.¹¹

Tem-se, é certo concluir, clara opção do legislador infraconstitucional pela ampliação do poder-dever do juiz de encerrar, materialmente, a execução. Essa opção legal, considerada de forma abstrata, não afronta necessariamente o devido processo legal e as liberdades individuais, embora carregue em si potencial de fazê-lo. Em qualquer caso, a Constituição exige soluções capazes não apenas de efetivar a tutela jurisdicional, mas de fazê-la em observância ao conjunto de liberdades individuais.

A possibilidade dada ao juiz de individualizar soluções para o cumprimento de obrigações não inclui a fixação de medidas que restrinjam as liberdades individuais, como a apreensão de carteira nacional de habilitação, passaporte, proibição de participação em concurso ou licitação.

O titular de um direito de crédito pode exigir que o devedor cumpra a prestação pecuniária. No caso de não cumprimento espontâneo, o que o juiz pode determinar, para além do que está definido em lei, ou seja, de forma atípica, são medidas mais brandas em termos de coerção ou indução e nunca mais severas e restritivas que aquelas que o próprio legislador ou o constituinte definiram.

É constitucional a cláusula geral executiva que possibilita que o juiz fixe medidas atípicas, mas os poderes do juiz são menores que do legislador, de forma que ele não tem legitimidade para forçar o adimplemento de obrigações patrimoniais utilizando medidas atípicas que envolvam a restrição de direitos não-patrimoniais do devedor.

Em outras palavras, em um Estado Democrático de Direito, apenas a lei pode autorizar a restrição de direitos não-patrimoniais para o cumprimento de prestações pecuniárias e isso, desde que respeitados os direitos fundamentais. É o caso da prisão por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, disposta no art. 5º-LXVII da Constituição.

¹¹ STECK, Lênio. DIERLE. Nunes. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbitrio?. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>

Vale recordar o que assinalou o Min. Cezar Peluso a respeito da prisão do depositário infiel e do princípio da dignidade humana, ao relatar o RE 466.343 (DJ 5.jun.2009):

E, na dúvida entre a tutela da liberdade e de interesses econômicos privados, que podem ser satisfeitos doutros tantos modos, sem o adjutório de tão escandaloso privilégio que, num como retrocesso às épocas anteriores à *Lex Poetelia Papiria de nexis*, faz da pessoa humana mero *corpus vilis*, não há alternativa possível para o intérprete, constricto sempre a reverenciar o primado constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. 111), que doutro modo estaria aqui gravemente ofendido.

As dimensões de responsabilização por litigância de má-fé e a coerção para pagamento não podem ser confundidas. O descumprimento de obrigações pecuniárias se resolve pela responsabilidade patrimonial. O caso da prisão pela inobservância do dever de alimentos é exceção a esse sistema que se justifica pelo princípio da dignidade humana. Alimentos são necessidades básicas e quem os recebe está em situação de necessidade. A liberdade do devedor é, portanto, temporalmente sacrificada para se garantir a dignidade de alguém em posição de dependência e vulnerabilidade.

Além desse caso, o juiz não é livre para impor medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias que forcem a satisfação do crédito pelo sequestro de outros direitos. Nesse sentido, a cláusula aberta executiva disposta nas normas em análise, porém claramente delineada no art. 139-IV do CPC/2015, não pode ser utilizada para fundamentar a apreensão de passaporte, carteira nacional de habilitação ou restringir participação em certames ou concorrências públicas. Isso porque essas são medidas que comprometem o exercício da autonomia e liberdade (de contratar, de trabalhar, de ir e vir) do devedor, superam a dimensão patrimonial e sequer representam um resultado útil a quem titulariza o crédito (princípio processual da utilidade do resultado).

A liberdade do indivíduo não está disponível nem ao credor, nem ao Estado-juiz no momento em que age para efetivar direitos patrimoniais. Essa é precisamente a função dos direitos fundamentais, estabelecer limites ao poder estatal, mesmo quando há pretensões legítimas em jogo.

A tipicidade das formas de execução assegura previsibilidade ao devedor e reduz eventual voluntarismo do juiz, porém, subestima as possibilidades de se desenhar soluções concretas para cada caso. A solução, então, para a aplicação de medidas atípicas –

diversas daquelas que aqui se reputa inconstitucionais – é o respeito aos princípios da patrimonialidade, da fundamentação das decisões e do devido processo legal.

Deverá ser maior o esforço do juiz em justificar as soluções atípicas que adotou para o caso. Deverá ele esclarecer em que medida os meios típicos de execução falharam e como as imposições que aplica são eficazes, suficientes e proporcionais diante das circunstâncias. Em todo caso, as liberdades fundamentais não podem ser atingidas. Isso significa que o juiz não tem legitimidade, em um Estado de Direito, para avançar sobre a liberdade do devedor, de forma ainda mais severa que aquela definida pelo legislador.

Patrimônio e propriedade de bens não se confundem com liberdade, como outrora. A indiferenciação entre bens e liberdades foi superada pelo princípio da dignidade humana que atribui valor diferente ao que é necessário ao humano e ao que é uma dimensão da vida social, a dimensão econômica. O valor ético que atribuímos é diverso e se expressa de forma diferente no sistema de direitos.

O sentido de cláusulas abertas é integrativo. Normas mais amplas são, em geral, melhores porque mais capazes de captar a complexidade do caso concreto frente ao sistema jurídico. O caso pode trazer ao juiz elementos que a lei não trouxe. Essa forma principiológica potencializa as possibilidades de uma prestação jurisdicional efetiva. Por isso, as cláusula geral executiva que garante maior liberdade ao juiz no momento do cumprimento da sentença, inclusive nos casos de prestação pecuniária, é constitucional. O fim do princípio da tipicidade não deve levar, todavia, ao extremo oposto de discricionariedade judicial, típica do superado positivismo normativo. O juiz está submetido aos limites constitucionais mesmo quando é livre para identificar soluções na fase executiva do processo que não foram expressamente previstas pela lei processual.

Porém, em homenagem ao princípio do devido legal em sua forma substantiva e aos direitos fundamentais de autonomia privada e liberdade, o juiz está adstrito à esfera patrimonial do devedor. Não sendo autorizado fixar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que importem na restrição de outros direitos.

Nos termos do pedido, apreensão de CNH e passaporte afrontam o direito de ir e vir e a proibição de participar de certames e licitações desrespeita a liberdade de contratar e de escolher livremente a profissão. São atos, portanto, que impactam na possibilidade do devedor de exercer sua autonomia privada, princípio fundamental da Constituição. Essas

medidas são mais invasivas do ponto de vista dos direitos fundamentais que aquelas que o próprio legislador fixou. Por isso, inconstitucionais.

IV

Pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para excluir do campo de incidência dos arts. 139-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-*caput* e §1º e 773 da Lei 13.105/2015 medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias de apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública, bem como outras medidas que não tenham caráter patrimonial e ensejem restrições desproporcionais de direitos.

Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição, embora possuam certo campo de similitude, constituem técnicas de decisão adotadas pelo sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade brasileiro que não se confundem. Sobre elas, pondera Virgílio Afonso da Silva:

A diferença primordial entre interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação do texto consiste no fato de que, a primeira, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível, localiza-se no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei¹².

Na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichterklärung ohne Normtextreduzierung*), destaca Gilmar Ferreira Mendes, o tribunal considera inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder a alteração de seu programa normativo¹³. Portanto, “quando a ação de inconstitucionalidade impugna a aplicação da norma em determinada situação, o Tribunal, ainda que reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação nesta situação, pode preservá-la por admitir sua aplicação em outras situações”¹⁴.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 2, n. 1, jan/jun. 2006, p. 200-201. Disponível em: < <http://zip.net/bmrqdW> > ou

< http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p191_210.pdf >. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹³ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.623.

¹⁴ SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz G. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.139.

As disposições mencionadas abarcam incidência vedada pelos art. 5º-II e XV da Constituição.

Dessa maneira, deve ser conferida interpretação conforme a todos os dispositivos do Código de Processo Civil que conferiram ao juiz poderes de fixar medidas executivas atípicas. Aos arts. 39-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-*caput* e §1º, 77 da Lei 13.105/2015 deve ser conferida interpretação conforme à Constituição, restringindo a autorização legal para aplicação de medidas atípicas de caráter estritamente patrimonial, excluídas todas as possíveis medidas que invadam a esfera de autonomia pública e privada do devedor.

V

Em face do exposto, a Procuradoria-Geral da República opina pela procedência do pedido, para que se confira interpretação conforme aos arts. 39-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-*caput* e §1º, 773 da Lei 13.105/2015, de forma que o juiz possa aplicar, subsidiariamente e de forma fundamentada, medidas atípicas de caráter estritamente patrimonial, excluídas as que importem em restrição às liberdades individuais como, por exemplo, a apreensão de carteira nacional de habilitação, passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em certames e licitações públicas.

Brasília, 18 de dezembro de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

JP