



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE COSTA LAURINDO DO NASCIMENTO

**ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E EXECUÇÃO POR QUANTIA
CERTA: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

Maceió

2019

FELIPE COSTA LAURINDO DO NASCIMENTO

**ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E EXECUÇÃO POR QUANTIA
CERTA: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Maceió

2019

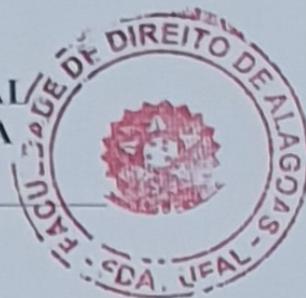
Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário: Marcelino de Carvalho

- N244a Nascimento, Felipe Costa Laurindo do.
Atipicidade dos meios executivos e execução por quantia certa : uma análise sob o prisma do devido processo legal / Felipe Costa Laurindo do Nascimento. – Maceió, 2019.
174 f.
- Orientador: Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2019.
- Bibliografia: f. 163-174.
1. Fato Jurídico. 2. Execução por quantia certa. 3. Atipicidade. I. Título.

CDU: 347.13



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - CMD



FELIPE COSTA LAURINDO DO NASCIMENTO

"ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA: Uma análise sob o prisma do devido processo legal"

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador (a): Prof. Dr. PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

Julgamento: APROVADO (9,0)

Assinatura:

Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas (UFAL)

Julgamento: APROVADO (9,0)

Assinatura:

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei (convidado externo/UFES)

Julgamento: APROVADO (9,0)

Assinatura:

Maceió, 4 de junho de 2019

Ao eterno Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ageu e Rida, por não medirem esforços para que eu pudesse ter tudo o que foi necessário para a minha formação, por serem exemplos de amor, união e perseverança. Vocês me ensinaram tudo o que eu precisava para me tornar um homem honrado. Eu amo vocês. Muito obrigado.

Ao meu irmão, Thiago, exemplo de persistência, demonstrando todos os dias que não existem barreiras para aqueles que nunca deixam de lutar. O caminho é o trabalho, a melhor resposta é o trabalho.

Ao meu sobrinho, Ageu Felipe, por representar tudo de melhor que a vida pode ter.

À minha esposa, Renatha, por me apoiar em todos os momentos, por não me deixar desistir em nenhum segundo, por estar comigo desde o primeiro dia em que projetei o objetivo do mestrado, e por estar do meu lado em todos os momentos, principalmente nos mais difíceis, obrigado meu amor, espero que estejamos juntos por toda a jornada de nossas vidas. Ainda há muito por vir. Obrigado!

Ao eterno Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, pelas lições que ecoam, e ecoarão, entre as gerações de juristas que hão de sempre engrandecê-las.

Ao Professor Marcos Bernardes de Mello, pelas obras, pelas lições, pelo exemplo, e por nos mostrar as principais obras jurídicas, especialmente as de Pontes de Miranda.

Ao meu orientador, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, por ser um exemplo de dedicação aos estudos, pelas lições, pelas obras e por tudo o que produziu e produzirá.

Ao Professor Dr. Beclaute Oliveira Silva, pelo modo paciente com que sempre ouviu os meus questionamentos e inquietações acadêmicas.

Ao meu querido amigo, Márcio Oliveira Rocha, que contribuiu com ideias e reflexões para o bom andamento deste trabalho.

Aos caros colegas da Turma 13 do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas - UFAL, em especial aos briosos guerreiros do “Pós-20”, nunca foi fácil, nunca será fácil, mas os obstáculos existem para que os superemos.

Ao meu companheiro de linha 3, a linha de processo, André Luiz Ferreira Santos, por todo o apoio desde o início dessa jornada.

Aos estimados Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, que também é minha casa, por nos guiarem pelo caminho do conhecimento, servindo de exemplo para todos nós.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da atipicidade dos meios executivos na execução por quantia certa, no âmbito do devido processo legal, a partir da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda. Parte-se da análise de algumas das principais obras de Pontes de Miranda, buscando as bases que sustentaram as formulações presentes no Tratado de Direito Privado, em especial os seis primeiros volumes, mormente, os que tratam da Teoria do Fato Jurídico. Parte-se daí para o debate acerca do conceito contemporâneo de norma jurídica, buscando identificar as suas espécies e sua estrutura. Institutos caros ao marco teórico escolhido são analisados, no intuito de que se construa a premissa a partir da qual os demais temas serão analisados. A execução é tratada através de algumas formas pelas quais a doutrina a enxerga, no intuito de que se busque um conceito mais adequado, que possa servir de parâmetro para a análise das medidas atípicas na execução por quantia certa e os seus limites, o que se faz no intuito de estruturar o suporte fático hipotético da norma jurídica que possibilita a sua utilização, cujo texto normativo consta do artigo 139, IV, CPC.

Palavras-chave: Teoria do Fato Jurídico. Execução. Medidas atípicas.

ABSTRACT

The purpose of this work is the study of the atypicality of executive means in the execution for a certain amount, within the scope of due process of law, based on the Theory of Legal Fact of Pontes de Miranda. Starting from the analysis of some of the principal works of Pontes de Miranda, searching the bases that supported the formulations present in the Private Law Tractate, especially the first six volumes, especially those dealing with Theory of Legal Fact. It starts from there to the debate about the contemporary concept of legal norm, seeking to identify its species and its structure. Very important institutes to the chosen of the theoretical guide are analyzed, in order to build the premise from which the other themes will be analyzed. Execution is dealt with through some of the ways in which doctrine sees it, in order to seek a more adequate concept, which can serve as a parameter for the analysis of atypical measures in the execution by certain amount and its limits, which is performed in order to structure the hypothetical factual support of the legal norm that allows its use, whose normative text is in article 139, IV, CPC.

Palavras-chave: Theory Of Legal Fact. Execution. Atypical Measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DELIMITANDO O MARCO TEÓRICO: TEORIA DO FATO JURÍDICO, INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	14
2.1 Teorias do fato jurídico	14
2.2 Teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda: Uma Teoria Geral do Direito	15
2.3 Norma jurídica.....	24
2.3.1 Regras e princípios	42
2.3.2 Cláusulas gerais	66
2.3.3 Normas de estrutura.....	71
2.3.4 Estrutura e aplicação da norma jurídica: conclusões parciais.....	73
2.4 Suporte fático	81
2.5 A incidência da norma jurídica	85
2.6 Planos da existência, validade e eficácia	89
3 EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL	97
3.1 Técnica executiva	97
3.2 Execução como atividade desfavorável ao devedor e voltada para a tutela do crédito	105
3.3 Execução como sanção	109
3.4 Execução como realização da prestação devida.....	110
3.5 A natureza jurisdicional (ou administrativa) da execução	113
3.6 Tipicidade e atipicidade na execução.....	116
4 CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS EXECUTIVAS	135
4.1 Silogismo, subsunção e demais técnicas de aplicação no âmbito das regras e dos princípios	135
4.2 Atipicidade dos meios executivos e execução por quantia certa: uma análise sob o prisma do devido processo legal.....	146

4.3 O suporte fático do artigo 139, IV, CPC.....	148
5 CONCLUSÕES.....	166
REFERÊNCIAS.....	168

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa o estudo da atipicidade dos meios executivos na execução por quantia certa, no âmbito do devido processo legal, partindo das lições de Pontes de Miranda, em especial dos seus ensinamentos sobre a teoria do fato jurídico, tendo o direito como um dos processos sociais de adaptação.

O artigo 139, IV, CPC, determina que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código de Processo Civil, incumbindo-lhe 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. Nesse caso, trata-se de uma cláusula aberta? De princípio? De uma regra? Como se dá a incidência da norma jurídica em se tratando de normas jurídicas com suportes fáticos complexos? Seriam esses suportes fáticos indetermináveis? Quais os limites da atuação do magistrado na execução por quantia certa, considerando o âmbito da validade da teoria do fato jurídico? Essas são algumas das indagações que fazem parte do objeto de pesquisa presente neste trabalho.

O objetivo do presente trabalho é a análise das normas jurídicas advindas do texto constante do artigo 139, IV, CPC, no âmbito do processo de execução por quantia certa, com base na teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, com o objeto de trazer possíveis balizas para a sua aplicação, advindas da necessidade de observância do princípio do devido processo legal. A pesquisa é realizada por meio de revisão bibliográfica.

A partir da análise de trechos de obras de Pontes de Miranda, buscam-se as bases que sustentam as formulações presentes no Tratado de Direito Privado, pretende-se a investigação da incidência da norma jurídica sobre os suportes fáticos havidos no mundos dos fatos, que, juridicizados, entram no mundo do direito. Para tanto, são analisadas as lições basilares constantes da obra de Pontes de Miranda, considerando a regra da mudança como a única imutável, pois apta a lidar com o plexo social e as suas implicações, também, jurídicas, analisando-se o debate contemporâneo acerca do conceito de norma jurídica.

Com vistas ao atual paradigma do direito, têm-se por objetivo elaborar um levantamento acerca das teorias que tratam sobre as normas jurídicas, visto que são estas que incidem no suporte fático, criando os fatos jurídicos. Assim, a primeira seção está concentrada nas diversas manifestações sobre o conceito de norma jurídica, bem como as indicações de

que as regras e os princípios pertencem a esse gênero. Trata-se acerca da necessidade de interpretação do texto normativo, chegando na afirmação usual na doutrina no sentido da diferença entre texto e norma. Ainda nessa sede, busca-se a análise das diferentes teses sobre o tema, bem como aquelas que rechaçam as que parecem ser as principais lições (por possuírem maior destaque na doutrina). Diante, principalmente, das lições de Marcos Bernardes de Mello, bem como de outros doutrinadores que tratam da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, procura-se analisar a estrutura da norma jurídica. Investiga-se a complexidade do suporte fático onde irá incidir norma jurídica o torna indeterminado ou apenas determinável.

Investigam-se, também, as origens do pensamento de Pontes de Miranda, considerando a sua defesa do direito como ciência empírica, que deve ser extraída da realidade social, pois uma vez diante da lei, conforme a sua lição, se está de acordo com determinados fatos que ocorrem no seu cotidiano, que são escolhidos para receber a incidência da norma jurídica, em detrimento de outros.

Do ponto de vista da sua doutrina, percebe-se o direito como produto instável, de evolução lenta, perceptível, a refletir a evolução geral da sociedade, obra de uma multiplicidade de condições culturais. A sua trajetória e a influência do âmbito em que se formou serão trazidas também na primeira seção, por meio da lente de autores que analisaram esse momento histórico.

Parece clara a intenção de Pontes de Miranda em sustentar, nas bases de sua teoria, que a ciência e sua unidade são essenciais para o descobrimento e o avanço social.

Trata-se de sua inspiração em Einstein, o que pode ser uma condição de possibilidade para as suas teorias sejam aplicadas para resolver problemas modernos.

Bastante atual para a análise das questões que surgem hodiernamente, é o pensamento de que a evolução civilizatória pressupõe a substituição de energia violenta em energia adaptativa, que faz com que os círculos sociais possam crescer. A evolução dos povos parece estar, justamente, na crescente integração de tais círculos, partindo de organizações simples até ganharem complexidade.

Como ponto fundamental, também na primeira seção, traz-se a opinião da doutrina acerca de uma possível cisão entre as obras de servem de base para o pensamento de Pontes de Miranda, e aquilo que foi escrito no Tratado de Direito Privado, considerado um possível perfil mais dogmático desta obra.

Para que a análise acerca do dispositivo legal, objeto do presente trabalho, possa ser realizada, visto que a incidência vai criar o fato jurídico determinado pela norma, são trazidas as formulações de diversos autores sobre o tema. Parece-nos, nos tempos atuais, que a doutrina brasileira coloca o aspecto normativo no centro das atenções. Apontam-se como antigas as concepções que são acusadas de trazer ferramentas rígidas para a utilização das normas. Toma-se como presente e sempre urgente a necessidade de uma paradoxal abertura maior do ordenamento jurídico, com a introdução de elementos que antes estariam completamente fora deste. Parece-nos que há uma necessidade de completude, como se o ordenamento jurídico estivesse sempre em busca do novo, do *neo*, do *pós*, tudo sob um discurso de fechamento. Assim, diante do que entende-se ser uma contradição, são demonstradas as opiniões de autores que controvertem, especialmente, as teorias que versam sobre a amplitude do conceito de normas e as diferenças entre elas.

Escolhe-se como ponto específico de análise, após breve explanação sobre o tema, a questão da estrutura normativa. É marcante a lição, nesse ponto, de Marcos Bernardes de Mello, e é no intuito de prestigiá-la, trazendo-a diante da visão de outros autores, que se procura frisar a sua opinião, por se entender como cabível ao atual estágio dos problemas normativos.

Posteriormente, na seção seguinte, exploraremos as diferentes formas de se perceber a execução, bem como as questões atinentes à tipicidade e atipicidade, chamando a atenção para a mudança de paradigma pela qual passou a teoria do direito, desde a proibição à interpretação da lei, mediante a criação de tipos estanques, até a necessidade de uma abertura, mediante cláusulas abertas, a buscar uma longevidade normativa a partir da possibilidade de uma interpretação mais abrangente.

Nesse ponto, será interessante perceber as diferentes formas de abordagem da execução. Os conceitos mais modernos parecem buscar, em diálogo com o devido processo legal, uma efetividade maior da execução, em nome, inclusive, do interesse do exequente, que deve ser resguardado pelo ordenamento, sob pena de não se garantir o amplo acesso à jurisdição.

A atividade executiva como corolário do devido processo legal, no âmbito do acesso à tutela jurisdicional, é terreno próspero para os estudos das questões processuais e constitucionais. Efetividade da execução e garantias constitucionais devem ser estudadas em conjunto, a fim de se evite arbítrios.

O trabalho busca apontar que a necessidade da utilização de medidas atípicas já era demonstrada pela doutrina desde a codificação processual anterior.

Na parte final da pesquisa, busca-se analisar a atipicidade das medidas executivas por meio da fixação de um suporte fático hipotético, visto que possível retirar do seu âmbito de incidência determinadas hipóteses incabíveis no atual paradigma constitucional.

2 DELIMITANDO O MARCO TEÓRICO: TEORIA DO FATO JURÍDICO, INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

2.1 Teorias do fato jurídico

A noção de fato jurídico não é unívoca em doutrina, por isso, a fixação de um marco teórico para que se trate sobre fato jurídico é de extrema importância, pois as noções de fato jurídico e de negócio jurídico são conceitos jurídicos fundamentais. A problemática sobre o conceito de fato jurídico não é um assunto típico e específico de Direito Civil, considerando justamente estar-se diante de um conceito jurídico fundamental. O lugar de seu enfoque é a Teoria Geral do Direito¹.

A doutrina aponta que Savigny foi o primeiro a empregar a expressão fato jurídico, chamando de “fatos jurídicos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam”². Diversas outras definições vem sendo propostas, principalmente entre os juristas de língua latina, todas denotando a função que o fato jurídico possui no mundo do direito, no sentido da produção de efeitos jurídicos, sendo, contudo, denominadas de definições funcionais³.

Porém, conforme lição de Jan Peter Schmidt, Savigny não fez uma diferenciação entre validade e eficácia, e não separou o plano da existência, o que se percebe em sua caracterização do negócio jurídico nulo como negócio não existente. Aponta ainda que a sistemática de Savigny recebeu a contribuição e o refinamento de Bernard Windscheid, na medida em que este identificou os traços caracterizadores de um negócio jurídico válido, mas ineficaz. Por outro lado, podem ser encontradas na obra de Windscheid alusões que podem ser interpretadas como reconhecimento do plano da existência, embora não haja comprovação de que havia um reconhecimento de sua autonomia, por parte do autor⁴.

¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 23-25.

² SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. apud MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 171.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 172.

⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista fórum de direito civil*. Belo Horizonte: Fórum, n. 5, 2014. Versão eletrônica sem paginação.

Marcos Bernardes de Mello adverte que a eficácia jurídica não é elemento essencial do fato jurídico, citando a possibilidade de que fatos jurídicos sejam existentes e válidos, sem que tenham produzido efeitos jurídicos específicos⁵. Já em outros casos, a eficácia não se dá logo, não é eficácia imediata, pois fica protraída no para um futuro certo e determinado⁶.

Para Pontes de Miranda, a regra jurídica, enquanto proposição, prevê fatos de possível ocorrência no mundo. Suporte fático é o nome que se dá a esses elementos da norma, isto é, ao fato ou ao conjunto de fatos previstos abstratamente. Quando o que se está previsto na norma acontece, no plano da existência, dá-se a incidência, de modo que o fato passa a ser considerado jurídico. Composto o fato jurídico, surgem, no mundo jurídico, os efeitos previstos em abstrato na norma. Em síntese, os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da norma jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos proveem eficácia jurídica⁷.

O mundo jurídico é o mundo dos fatos jurídicos, ou seja, dos suportes fáticos que logram êxito e adentram o mundo jurídico⁸.

2.2 Teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda: Uma Teoria Geral do Direito

No *Sistema de Ciência Positiva do Direito*⁹, Pontes de Miranda, por meio de análises filosóficas, fundamenta uma Teoria da Ciência Positiva do Direito, onde, através do método indutivo e de um positivismo crítico, recolhe material científico de todos os subdomínios do conhecimento, procurando unidade por meio de princípios gerais e leis cuja generalidade funda-se na comprovação indutiva, pela observação e experiência. Afirma que o direito compõe-se de regras de conduta provindas das fontes materiais que o sistema positivo determina¹⁰, advertindo que a finalidade da regra jurídica é manter a situação social existente, considerando que nada muda espontaneamente, pois há de se verificar a causa da mudança e

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 173.

⁶ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 43.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 1. Versão eletrônica sem paginação.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo II. § 159. Versão eletrônica sem paginação.

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

¹⁰ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. 400 p.

que todas as causas desta espécie tem que ser exteriores ao objeto, para então afirmar que o que há de imutável no Direito é o fenômeno, o processo social de adaptação, uma constante de harmonia social¹¹. Os valores não possuem outra objetividade que a de servirem aos processos sociais de adaptação. Para o autor, a sociedade é uma multiplicidade de relações, onde o que parece firme, estabilizado, institucionalizado, repousa em processos instáveis de equilíbrio nas interações. O direito é um desses plexos de relações. A sua função sociológica é de estabilizar, porém, convive com a mutabilidade dos processos sociais de adaptação¹². O direito é produto instável, porém, de evolução lenta, perceptível, a refletir a evolução geral da sociedade, obra de uma multiplicidade de condições culturais¹³. Afinal, “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos”¹⁴. Assim é que o sistema jurídico é sistema positivo, pois assenta-se em um conjunto de fatos, que os modela com a função pragmática de imprimir ordem e previsibilidade no suceder das ações recíprocas dos indivíduos¹⁵.

Ainda tratando das lições trazidas na Ciência Positiva do Direito, a doutrina afirma que naquela obra, Pontes de Miranda demonstra fortes traços de influência do positivismo de Augusto Comte, na medida em que procura estudar a ciência do Direito em conjunto com outras ciências. Dessa forma, o autor teria se afastado do positivismo normativista kelseniano. Em caminho oposto ao de Kelsen, Pontes de Miranda defende o direito como uma ciência empírica, e que por isso, deve ser extraído da realidade fática da sociedade, pois quando esta escolhe determinada lei, o faz de acordo com determinados fatos que ocorrem no seu cotidiano, os quais são escolhidos para receber a incidência da norma jurídica, em detrimento de outros. Tal processo se dá por escolha da própria sociedade¹⁶. Tal obra é tida como verdadeiro monumento à cultura jurídico-filosófica, onde Pontes de Miranda constrói a

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*: introdução à ciência do Direito. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 117-118.

¹² VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. Vol. 1. p. 401.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 21.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. Prefácio à primeira edição. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁵ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. p. 402.

¹⁶ SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico*: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-272; NASCIMENTO, Cândida Simon Azevedo. O ordenamento coercitivo de Hans Kelsen: uma análise (crítica) acerca da centralidade da sanção. *Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: PPGD UFPE, vol. 89, 2017. p. 121-142; ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminioni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 10/12/2018.

ciência do direito, sendo considerada a primeira e principal obra sobre o sistema do direito no Brasil, e responsável pelo positivismo (não do ponto de vista legalista, mas sob o aspecto comtiano) que tomou conta da teoria jurídica brasileira¹⁷, Pontes de Miranda afirma que “o que empreendi no Direito, Augusto Comte já o fizera noutros domínios e, se discrepamos em doutrina, o método é o mesmo [...] a estrada é a mesma, são outros os caminhantes [...]”¹⁸.

Adotou um cientificismo característico das gerações de Tobias Barreto e de Sílvio Romero, porém, fundado sobre premissas diferentes, ou seja, na noção da ciência unificada, pois o autor entendia, naquela fase, que era descabida a dicotomia que separa ciências da natureza e ciências do espírito, considerando que o saber é um só¹⁹. Percebe-se, todavia, que Pontes de Miranda foi além da unidade metodológica defendida por Augusto Comte, tendo em vista que o autor brasileiro não admitia a distinção entre as ciências naturais e culturais, como também a separação entre estas as descritivas e as normativas. Fica clara a intenção, portanto, de se sustentar que a ciência e sua unidade são essenciais para o descobrimento e o avanço social. Pontes de Miranda defendia que seria ilusão pensar que a ciência pode ser independente²⁰. Sustenta o direito sobre bases naturalísticas, defendendo que as ciências se especializam paulatinamente, denotando uma ontologia monista²¹. Inspirado em Einstein, Pontes de Miranda aparta-se do determinismo científico de Comte, adotando o determinismo probabilístico, no sentido da aplicação dos resultados da relatividade matemática aos fenômenos sociais, onde tempo e espaço não são referenciais absolutos, mas variáveis. Conclui que os fenômenos sociais são variáveis no tempo e no espaço, pois “lugar e o tempo colaboram na diferenciação do homem”²². A observação e a descrição de cada grupo social, em épocas diferentes, denota resultados distintos, pois o direito acompanha os anseios da sociedade e suas perspectivas²³, a extensão, a posição e o caráter do círculo social oferecem a

¹⁷ SILVA, Justino Adriano F. da. *Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda*. Porto Alegre: EST, 1981. p. 19.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 38.

¹⁹ SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 271-282.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo III. p. 44.

²¹ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. p. 411.

²² MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo III. p. 44.

²³ A doutrina indica que tal concepção é fruto do darwinismo e do evolucionismo da Escola do Recife. Cf. ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>.

estrutura das convicções dos homens. A investigação história dos sistemas jurídicos deve ater-se ao lugar e a determinado tempo e retirar o que é comum e o que não é²⁴.

Nesse âmbito, a sua noção da unidade do real foi convertida na recusa da distinção entre ser e dever-ser, pois o ser inclui o dever-ser, dentro de um monismo em que a própria dimensão sentimental do homem se subordina a fatos da física e da biologia. A concepção do direito de Pontes de Miranda, a partir desses fundamentos, afasta-se do jusnaturalismo e do juspositivismo normativista, que se apoia sobre a autonomia do deve-ser²⁵. O seu sistema de direito positivo não se restringia ao normativismo, pois o jurista não poderia desprezar os indicativos de outras ciências na formulação do direito positivo²⁶. Chega a afirmar que no estudo científico do direito como ramo positivo do conhecimento, quase todas as ciências são convocadas, tendo em vista que a extrema complexidade dos fenômenos implica a diversidade do saber, ao ponto de considerar que as matemáticas, a física, a geometria, a química, a geologia, a biologia, a zoologia e a botânica, a antropologia, a climatologia e a etnografia, a economia política, entre outras, constituem manancial em que o estudioso da ciência jurídica deve beber o que lhe é mister²⁷.

Ainda quando das ideias incluídas em *À Margem do Direito*, o autor anotou que o direito estende-se e enraíza-se até os vestígios, condensando em si problemas de outras ciências, a fim de tornar-se, a par da incrustação e do costume, de experiência e do saber humano, universal como outras disciplinas, passando, por meio do seu objeto, de heterogêneo para homogêneo no inteiro de uma série de leis, de decisões lúcidas e incisivas, que constituem obra lapidar que os detritos de descobertas, uns sobre os outros, acabam por construir²⁸.

A função social do direito tem por finalidade dar valor a interesses e bens e regular-lhes a distribuição, com o objetivo de obter uma convivência social harmônica pela adaptação dos seres humanos aos valores da sociedade²⁹. Pois, “apesar de serem invisíveis os fios do

²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo III. p. 44 e 333.

²⁵ SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 271-282.

²⁶ SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-272.

²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 16.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 19-20.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. Prefácio à 1ª Ed. Versão eletrônica sem paginação.

direito, inaudíveis e intocáveis, veem-se, escutam-se e tocam-se efeitos do direito”³⁰. O direito, nesse sentido, não constitui uma categoria imutável, pois guarda relação com o grupo que o gerou, modifica-se no tempo, e é uma realidade exterior ao indivíduo. O homem e o grupo são categorias sempre presentes, o indivíduo gregário é o corpo coletivo que elabora, de maneira instantânea, os padrões de convivência. Ao longo dos milênios, a função do direito, conforme denota-se do pensamento de Pontes de Miranda, é a de processo de adaptação do indivíduo ao grupo, considerando que a redução do indivíduo ao grupo é fato natural, imanente a existência gregária³¹. O papel da ciência positiva do direito, portanto, consiste em apontar meios e ações que permitam a crescente adaptação social que conduz à civilidade, o que só é possível por meio de políticas públicas condizentes com a justiça social e com a efetivação dos direitos sociais³².

Da mesma maneira que um organismo vivo, a conservação social pressupõe dispêndio de energia, a partir desse fundamento, Pontes de Miranda afirma que a evolução civilizatória requer a substituição da energia violenta (*quantum despótico*) em energia adaptativa (*civilidade*)³³. Considerando que o despotismo está impregnado na civilização humana, afirma que o maior objetivo da ciência positiva do direito é a sua extirpação - ou a sua significativa redução - de todas as formas de violência que perturbam a convivência social. O processo evolutivo, contínuo e inexorável, exige índices cada vez maiores de civilidade, ou seja, a transformação de energia violenta em energia social adaptativa e integradora possuindo como efeito direto a crescente pacificação social³⁴. “À proporção que se enriquece o cabedal da adaptação do Homem à vida social, o livra da necessidade de ser coagido a adaptações e a corrigir defeitos de adaptação”³⁵.

Já no contexto dos círculos sociais, Pontes de Miranda afirma que o grupo social impõe a uniformidade. A uniformização, portanto, é uma necessidade daqueles que vivem em grupos sociais. Ensina que há dois impulsos na uniformização (I) um interior, levando o

³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo III. p. 341.

³¹ RAMALHETE, Clovis. Pontes de Miranda, teórico do direito. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1988. p. 259-270.

³² SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

³³ SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 107.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 244.

indivíduo a ser semelhante aos outros; (II) e um exterior, que o previne contra os que fogem da realidade. Persuasão, energia e violência são processos utilizados para apagar tais exceções psicológica e socialmente incômodas. Porém, adverte que a uniformidade pode chegar a produzir a neofobia, o horror, a ojeriza a inovações Aponta ainda que o círculo é o meio e processo de renovação interna e de energia social, de aumento, quer de força conservadora, quer de recomposição. São sistemas em que mais facilmente se procede e se exerce a adaptação, através da gradual evolução da sociedade³⁶.

Os círculos sociais são estruturas que estabelecem condições de coexistência sob a forma do direito, onde a evolução consiste no crescimento destes por meio da força adaptativa e da ampliação da civilidade. A evolução dos povos estaria na crescente integração dos círculos sociais, mediante a substituição do arbítrio pela energia adaptativa, tal movimento partiria das organizações mais simples até alcançar todo o planeta, dando início a uma era de progresso e paz³⁷.

Porém, “nada mais reprovável, em método, começar-se a falar dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções, antes de se falar da regra jurídica, do suporte fático, da incidência da regra jurídica”, ou seja, “da entrada do suporte fático no mundo jurídico, do fato jurídico”³⁸. Neste trecho, Pontes de Miranda frisa a necessidade e importância do estudo do fato jurídico para, em momento posterior, adentrar na análise dos direitos-deveres, das pretensões-obrigações e assim por diante. Tem-se, portanto, a base da teoria do fato jurídico ponteano³⁹.

Seguindo tal advertência, e tendo em vista o marco teórico do presente trabalho, qual seja, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, com as contribuições de Marcos Bernardes de Mello, passa-se a analisá-la a fim de que se inicie a fixação das premissas que guiarão este estudo.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito: introdução à ciência do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 284-291.

³⁷ MENEZES, Djacir. Pontes de Miranda e a evolução do direito brasileiro. *Carta mensal problemas nacionais: conferências pronunciadas nas reuniões semanais do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio*. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos de Comunicação Social da Confederação Nacional do Comércio, 1982. p. 17; SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo V. Versão eletrônica sem paginação.

³⁹ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Gouveia Filho. Da especialidade do procedimento das execuções fundadas em título extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 291-292.

Em sede doutrinária, aponta-se que no Tratado de Direito Privado há uma análise dogmática do fenômeno jurídico, sem preocupação com a relação entre o direito e o Estado⁴⁰, nem tampouco com o aprofundamento da dimensão sociológica. Tal análise dogmática dá origem a divisão entre o mundo fático e o mundo jurídico, que aparece como a premissa básica da teoria do fato jurídico, e que, portanto, seria incompatível com a unidade da ciência defendida na primeira fase do pensamento de Pontes de Miranda. O dever-ser é separado do ser⁴¹ a partir do momento em que depende da valoração humana para ser considerado relevante juridicamente. A busca por objetividade e segurança para a revelação do direito são mantidas, em decorrência das influências positivistas, porém, muda-se o método positivo, onde não se busca mais a objetividade na observação dos fatos, como proposto por Augusto Comte, mas que concebe o direito como conjunto de fatos jurídicos, aferidos através de critérios formais. Passa-se de um positivismo sociológico-filosófico para um positivismo lógico-normativista. O método indutivo, que buscava a revelação do direito por meio da observação da sociedade dá lugar ao método subsuntivo-dedutivo⁴². Há, como que uma *processo de adaptação* operado dentro de sua obra, por meio da decantação de algumas opiniões e alteração de outras⁴³.

Lourival Vilanova, apontando uma nítida cisão na obra de Pontes de Miranda, divide-a em duas fases, onde a primeira, entre 1922 e 1937, funda-se em bases naturalistas e é direcionada para a filosofia positivista; a segunda, consolidada a partir da publicação do

⁴⁰ SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 271-282.

⁴¹ Nelson Saldanha, por outro lado, afirma que no Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda “não adota outra posição filosófica (uma fundamentação que, por exemplo, o fizesse aceitar a cisão entre ser e dever ser”. Cf. SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 282.

⁴² Os autores chegam a indicar, inclusive, “que a proposta de estudar e fenômeno jurídico e desenvolvê-lo na dimensão normativa aproximou o pensamento de Pontes ao da Teoria de Kelsen, em especial na divisão entre ser e dever ser. Pontes de Miranda acabou tendo que separar as ciências assim como fez Kelsen e acabou atribuindo um caráter normativo ao Direito, que antes era negado” ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>.

⁴³ Nelson Saldanha afirma categoricamente que “se perguntarmos pela concepção de PONTES sobre o que significa ‘Teoria Geral do Direito’, encontraremos no *Tratado* uma mudança de rumo. No *Sistema* a preocupação basilar e constante era a de uma visão global (e ao mesmo tempo natural, científico-natural) do direito; enquanto que no *Tratado* temos a Teoria Geral do Direito convertida em *parte geral* (!) do direito, e a ‘Parte Geral do Direito’ considerada como ‘um dos ramos do direito’” (grifos do original) SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 280.

Tratado de Direito Privado, demonstra um perfil mais dogmático, fundada na separação entre o fático e o jurídico, apta a eliminar a confusão de temas⁴⁴⁻⁴⁵.

Nesse contexto, a doutrina jurídica tem como principal função a consolidação dos conceitos jurídicos, pois, por meio dela, o direito encontra a possibilidade de estruturar-se na forma de conceitos sistematizados e didaticamente relacionados, de modo a produzir estabilidade global ao sistema. Sem a dogmática não existiria a possibilidade de estabilização conceitual do direito e a práxis forense precisaria discutir, além dos fatos, também o direito a ser aplicado ao caso concreto e as diversas interpretações possíveis. A dogmática, portanto, condensa e confirma historicamente conceitos conectados a institutos jurídicos a fim de formar uma rede conceitual, histórica e sistemática, a partir da qual a problemática da interpretação semântica do direito torna-se inofensiva ou mesmo fora de questão⁴⁶.

Também é importante salientar que Nelson Saldanha aponta, inclusive, que o positivismo jurídico trazido no Tratado de Direito Privado também não se aproxima do proposto por Hans Kelsen, porém, trata-se de um positivismo implícito e sem maiores preocupações especulativas. Afirma que é importante ressaltar a discrepância entre o biologismo-fisicalismo do Sistema de Ciência Positiva do Direito com o juridicismo do Tratado de Direito Privado⁴⁷.

A teoria do fato jurídico, ora analisada, é, em verdade, a teoria geral do direito desenvolvida por Pontes de Miranda. Por ela, o autor pretende explicar a totalidade do fenômeno jurídico em sua dimensão normativa⁴⁸, pois, “a noção de fundamental do direito é a

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. p. 412.

⁴⁵ George Sarmento, por seu turno, discorda de Lourival Vilanova nesse ponto, pois, entende que não houve uma descontinuidade entre as fases da obra de Pontes de Miranda. Para ele, “na verdade, o sociologismo positivo e o dogmatismo normativo são partes de sua grandiosa aspiração de sistematizar a ciência positiva do direito sob a influência da Escola Sociológica Francesa, inaugurada por Auguste Comte e desenvolvida por Le Play (1806-1882), Durkheim (1858-1917), entre outros” Em outro trecho afirma que “Pontes de Miranda jamais adotou postura revisionista. Sempre deixou claro que a sistematização da ciência positiva do direito era tarefa gigantesca que deveria ser construída em etapas”. Cf. SARMENTO, George. *Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

⁴⁶ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. *Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>.

⁴⁷ SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 281.

⁴⁸ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Gouveia Filho. Da especialidade do procedimento das execuções fundadas em título extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 291-292.

de fato jurídico; depois, a de relação jurídica”⁴⁹. A teoria do fato jurídico, assim, caracteriza-se como um sistema de enunciados e conceitos acerca da estrutura do fenômeno jurídico, que servem à análise de qualquer direito positivo e qualquer ramo do direito. É uma teoria composta por conceitos jurídicos fundamentais relativos ao fenômeno jurídico, com pretensão de universalidade⁵⁰. A teoria do fato jurídico se aplica a todos os ramos do Direito, sejam públicos ou privados⁵¹.

É importante ter em conta que existem fatos relevantes e irrelevantes ao direito. Por onde vê-se, corroborando com o que já fora dito, que não se admite, em ciência, que se comece a exposição, a falar-se dos efeitos, da eficácia (direitos, deveres ou dívidas; pretensões, obrigações; ações e exceções), antes de se descrever como os elementos do mundo fático penetram no mundo jurídico. “Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico”⁵². A diferença entre o mundo fático e o mundo jurídico pode ser bem apreendida entre o passeio que alguém faz à casa do amigo e a entrega da carta com a oferta de um contrato, entre o ato de cercar o interior de um terreno que lhe pertence e o de invadir o terreno vizinho, entre a avulsão interior ao terreno de A e a avulsão entre o terreno de A e o de B⁵³.

O direito, dessa forma, nasce do pensamento, do suporte fático previsto na norma, por sua vez, este aguarda a confirmação fática, ou seja, a incidência, para a juridicização dos fatos. Vê-se nesse esquema a utilização dos critérios de verificação lógica (suporte fático) e empírica (incidência) do positivismo lógico⁵⁴.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁰ DIDIER, JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 112

⁵¹ COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 270, 2017. p. 19-56.

⁵² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 1. Versão eletrônica sem paginação.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. Prefácio à 1ª ed. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁴ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>.

A soma de elementos do que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde a suporte fático de norma jurídica. Portanto, percebe-se o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fático da norma jurídica⁵⁵.

2.3 Norma jurídica

A norma jurídica é uma das mais importantes criações do homem. Por meio dela se fixam as condutas relevantes para o direito e se atribuem efeitos jurídicos que devem ser atendidos, considerando que por vezes muitas não o são. O direito influi na conduta humana, conformando-a. O não atendimento a uma norma jurídica é uma patologia que deve ser reprimida pelos meios de coerção previstos no sistema jurídico. A norma jurídica visa a ingressar na concretude da vida humana, como algo objetivável cujo desiderato é cumprir ou atender a determinadas finalidades⁵⁶, estatui a conduta de seres humanos nas suas múltiplas relações comunitárias, tendo por meta dirigir o comportamento dos indivíduos, das entidades coletivas personalizadas, dos seus dirigentes e funcionários e do próprio Estado. Desse modo, não há como imaginar a convivência em sociedade desprovida de normas reguladoras do comportamento, e, mais ainda, seriam inócuas as normas que representassem simples recomendação, ou seja, observância facultativa⁵⁷.

Cada um dos ramos das ciências sociais possui as suas proposições acerca dos respectivos objetos sociais. As proposições singularizadas com relação ao objeto, são parte do sistema científico específico que lhes determina as condições de verificabilidade, ou seja, a metodologia de cada ciência. As proposições específicas são construídas com o vocabulário técnico de cada uma das ciências⁵⁸.

Altera-se o mundo físico através do trabalho e da tecnologia, altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, classe da qual é a linguagem das normas do Direito⁵⁹.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 159. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 28.

⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8. p. 31.

⁵⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 38.

⁵⁹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 40; IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXV.

Conforme os ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello, a expressão norma jurídica será utilizada para indicar o elemento que irá incidir no suporte fático fazendo nascer o fato jurídico, pois são elas que fazem a delimitação do mundo do direito, uma vez que lhes cabe, com exclusividade, a definição e constituição dos fatos jurídicos e de sua consequente eficácia⁶⁰.

O jurisconsulto, o advogado militante, o jurista cientista, o órgão administrativo e o jurisdicional, o procurador-geral do Estado, entre outros, têm o fim específico de verificar quais as normas jurídicas em vigor que incidem sobre tal ou qual categoria de fatos. Para o jurista, no fazer Ciência do Direito em sentido estrito, nos termos do que ensina Lourival Vilanova, caracteriza-se como fonte técnica formal aquela de onde dimanam normas com força vinculante para os indivíduos-membros e para os indivíduos-órgãos da coletividade. O propósito jurídico-dogmático é verificar se a norma existe. Existir, nesse caso, significa, se é válida, se tem vigência por ter sido posta por processo previsto no ordenamento⁶¹. Nesse âmbito específico, dizer que uma norma é vinculante e que é válida são a mesma coisa⁶². As fontes normativas encontram-se no interior do ordenamento, não antes dele. Não há norma jurídica isolada, considerando que tudo está dentro do ordenamento e só é explicável em função do todo que é o ordenamento jurídico⁶³.

A norma jurídica prevê os fatos (ou seja, o suporte fático) aos quais imputa certas consequências (eficácias jurídicas). Do ponto de vista lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que pode ser expressada da seguinte forma: “Se SF então deve ser P”, em que a hipótese (antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (consequente) pelo preceito (P)⁶⁴. Ou seja, no que diz respeito à estrutura, a norma jurídica é composta: (I) pela descrição de um suporte fático, constituído pela previsão de ocorrência de um fato ou um conjunto deles, tidos como relevantes para a convivência social; (II) da prescrição de um preceito, também conhecido como disposição, em que são prescritas as consequências imputadas ao fato jurídico, que será formado por meio da incidência da norma

⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 116.

⁶¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 63.

⁶² RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 62.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 48.

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72.

no suporte fático concretizado no mundo. A estrutura da norma jurídica, deve conter, necessariamente, um descriptor (antecedente) e um prescritor (consequente), onde se define a eficácia jurídica imputada ao fato jurídico previsto⁶⁵.

O direito também pode ser descrito como fato cultural, que possui a linguagem jurídica como um dos seus componentes, caracterizada, por sua vez, como o suporte material das formas. Porém, a expressão linguagem jurídica é ambígua, referindo-se a dois níveis de linguagem, a do direito positivo e a da Ciência-do-Direito, que tem o direito positivo como objeto de conhecimento. As normas estão no mundo do direito positivo (linguagem prescritiva), e as descrições de normas no nível do conhecimento jurídico (linguagem descritiva)⁶⁶.

As normas jurídicas apresentam a forma implicacional, enlaçando-se certa consequência para a realização condicional de determinado evento descrito no antecedente. A parte da norma descritora de uma situação de possível ocorrência no mundo, é a hipótese. A consequência, por sua vez, descreve uma relação deontica, assim, as normas possuem uma estrutura lógica comum, consubstanciada por uma hipótese, nexos atributivo e uma consequência. Há sempre uma hipótese e uma tese. A estrutura interna da norma é implicacional, sendo assim, a hipótese implica a tese⁶⁷.

Pode-se afirmar, portanto, que a norma jurídica e os fatos por ela qualificados, são dados essenciais à juridicidade. Sem norma jurídica e sem concreção do suporte fático por ela, abstratamente, previsto, sobre o qual incidirá para gerar o fato jurídico, não é possível falar em direito ou em qualquer outra categoria jurídica. A ausência desses dois elementos em conjunto, inviabiliza qualquer tentativa de tratar o fenômeno jurídico, por desprezar a sua própria substância. O fato jurídico jamais existirá se não houver uma norma jurídica que incida no suporte fático suficientemente concretizado. Enquanto não se realizem no mundo os fatos por ela previstos, a norma jurídica constitui mera proposição linguística, sem qualquer consequência jurídica⁶⁸.

⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 117.

⁶⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 65.

⁶⁷ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. XL e XLI.

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 116-117.

Para Norberto Bobbio, as normas jurídicas são espécies do gênero proposições jurídicas, qualificadas como proposições prescritivas. Parte do pressuposto de que em toda proposição prescritiva há três elementos, quais sejam, sujeito ativo, sujeito passivo e objeto, cada um deles podendo assumir caráter universal ou individual. As normas seriam todas as proposições prescritivas de sujeito ativo coletivo ou pessoal e de sujeito passivo geral ou individual, desde que tenham como objeto uma ação-tipo, em que a força cogente seja renovada sempre que o sujeito passivo encontre-se na situação hipoteticamente prevista⁶⁹.

Lourival Vilanova, por sua vez, ensina que a norma é uma estrutura “lógico-linguística de significação”⁷⁰, que conceitua fatos e condutas representando-os como significações objetivas, endereçadas a determinado objeto, confirmáveis ou não na espécie de eficácia ou ineficácia por parte de situações objetivas. Dessa forma, aponta que a estrutura apta a recolher as normas como formulações conceituais é a estrutura proposicional. A norma precisa da enunciação de que, se tais fatos ocorrem, tais consequências devem ser relacionadas como esses pressupostos. Há, portanto, uma base implicacional de hipótese/consequência. A forma enunciativa das normas é a proposicional.

Têm-se, pois, que as normas jurídicas são aquilo que o direito, como processo social de adaptação, utiliza para regular os fatos sociais relevantes atribuindo-lhes consequências nas relações intersubjetivas. O sistema jurídico valoriza os interesses e bens e regula-lhes a distribuição, com vistas a obter uma convivência social harmônica. Dessa forma, sempre que determinado fato torna-se relevante para a adaptação social, por interferir nas relações intersubjetivas, possibilitando a ocorrência de conflitos de interesses, impõe-se à sociedade, imperativamente, regulá-lo por meio de normas jurídicas. Para definir o conteúdo dessas normas jurídicas, a comunidade jurídica decide conforme os valores vigentes e seus anseios naquele momento histórico. Pontes de Miranda não desenvolveu uma teoria acerca da norma jurídica, pois sua teoria tem como objeto o direito, onde a norma é considerada apenas uma peça do sistema cuja função consiste em delimitar o mundo jurídico, definindo, abstratamente, o fato jurídico, gerando-os por sua incidência. Por isso, não utiliza uma terminologia uniforme quando trata sobre o tema. Em seus escritos, prevalece a expressão regra jurídica. Porém, em muitos casos notadamente no Sistema de ciência positiva do direito, no Tratado de direito privado e nos Comentários à Constituição de 1934 e 1969, e não

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 69 e ss.; CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 37-38.

⁷⁰ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. p. 208 e ss.

somente nessas obras, encontra-se a locução norma jurídica empregada no mesmo sentido de regra jurídica, donde conclui-se que as tem como sinônimas. Marcos Bernardes de Mello afirma, portanto, que para Pontes de Miranda, normas jurídicas são aquelas ditadas pelo órgão do Poder Público a quem o sistema jurídico outorga o poder normativo – consistente no poder de legislar – cuja amplitude inclui desde o poder constituinte, originário e derivado, ao poder de ditar normas jurídicas de cunho infraconstitucional⁷¹.

As normas jurídicas possuem a função classificadora do mundo dos fatos, separando os relevantes dos irrelevantes para ingresso no mundo jurídico. Funcionam como um recorte político a partir das relações sociais, econômicas, religiosas, morais e culturais, que se tornaram importantes e por isso recebem a atenção do ordenamento jurídico. Para que o direito cumpra a sua missão de processo social de adaptação, é necessário que as normas jurídicas sejam prévias aos fatos descritos em seus suportes fáticos, para que sobre eles possam incidir e juridicizá-los, imputando-lhes efeitos jurídicos. A norma, assim, é sempre anterior ao processo de juridicização⁷².

Fabio Ulhoa Coelho, apontando o direito como o sistema adotado pela sociedade humana para cuidar dos conflitos de interesses que nela surgem, denota como uma circunstância o fato de tal sistema consistir num conjunto de normas abstratas ditadas pelo Estado. Olhando para um passado não tão remoto, aponta que o direito romano não funcionou dessa forma. “Em Roma, o escrever as leis não era necessariamente o ato de as criar, representando, no mais das vezes, apenas o de registrá-las de acordo com a tradição oral”⁷³. Indica ainda que foi somente a partir do século XIX, no Ocidente, que o sistema social de tratamento de conflitos passou a gravitar em torno de um conjunto mais ou menos sistemático de normas abstratas, provenientes, por sua vez, de decisões tomadas por determinado órgão do Estado. Tércio Sampaio Ferraz, nesse sentido, demonstra que a positivação é um marco histórico a partir do qual o direito positivo passou a ser não apenas

⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 118.

⁷² COSTA, Adriano Soares da. *A descritividade da ciência do direito*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. O conceito de direito e o direito comercial. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1000, 2019. p. 127-137.

aquele que é posto por decisão, mas também aquele cujas premissas da decisão que o põem, também são postas por decisão, sendo assim, fenômeno do século XIX até os nossos dias⁷⁴.

Lourival Vilanova indica a ausência de uma teoria da estrutura da norma em Pontes de Miranda, afirmando que ele tratou sim, em incidência da regra de direito. Como o que incide é a hipótese fática, ou seja, o pressuposto, é ela que tem função juricizadora (ou desjuridicizadora) dos fatos. Conforme a lição de Pontes de Miranda, a incidência é infalível, na medida em que ocorrendo o fato-tipo este insere-se no esquema tipificador, sem a necessidade de anuência, adesão, consciência ou vontade dos indivíduos-destinatários das regras⁷⁵.

Constata-se, outrossim, que na concepção ponteana, nenhuma outra autoridade com atribuições de aplicar o direito, nem mesmo o juiz, pode criar norma jurídica, senão quando autorizado pelo próprio sistema, ou seja, quando o próprio sistema outorgar-lhe poderes para tanto⁷⁶.

É por isso que as hipóteses fáticas valem porque foram construídas por normas do sistema positivo, pois as normas de produção jurídica não surgem do nada, necessitam de documento normativo que veicula enunciados prescritivos que se transformam em normas. O ato de enunciação passa pela fase pré-legislativa, onde estão as negociações para possibilitar a regulação de determinada matéria, que ficam registradas, de forma fragmentada, em documentos que não possuem cunho normativo, pois não descrevem normas, apenas fatos. Passam, então, por uma fase legislativa, consistente no processo legislativo que desemboca na criação de um instrumento introdutor de normas⁷⁷. Têm-se como hipótese fática, a parte da norma que descreve um eventual, possível, acontecimento do universo social. O termo hipótese é sintático e denomina o antecedente de uma relação de implicação. Já o adjetivo fático é o vetor semântico, a relação de correspondência entre norma e fato (entre hipótese e fato). A hipótese atua como um descritor, não prescreve que deva ser tal estado de coisas⁷⁸, pois o antecedente ou suposto normativo, não se dirige aos acontecimentos do mundo com o fim de regrá-los. Caso obrigassem, proibissem ou permitissem as ocorrências factuais, as

⁷⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980. p. 68.

⁷⁵ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, 1995. p. 17-24.

⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 118.

⁷⁷ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. 8 e ss.

⁷⁸ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. Vol. 2. p. 67-70.

subespécies deônticas estariam unicamente no prescritor⁷⁹. O suporte fático do descritor pode estar constituído de fatos apenas físicos – relacionados de alguma forma com condutas humanas - ou de fatos físicos e sociais, não juridicizados, ou mesmo de fatos que já foram juridicizados, já sendo, portanto, fatos jurídicos, mas que adentram para compor o suporte fático. A hipótese não se dirige aos fatos do mundo com o intuito de orientá-los com qualquer forma de dever-ser, por sua vez, aponta para dados de fato. Assim, a hipótese fática é uma construção cujo suporte fático dá lugar ao fato jurídico, justamente pela incidência da hipótese. Fato jurídico é aquilo que ficou retido ou separado (abstráido) do suporte fático total: podendo ou não coincidirem. Mas sem se confundirem em planos: o fato jurídico é já o suporte que ficou qualificado, ingressando no universo de linguagem em que se encontram as hipóteses. Tratando de uma forma peculiar, a hipótese fática (HF), com a sua particular referência (ou incidência que será tida como relação semântica), a um dado suporte fático (SF), irá converter-se em algo no universo jurídico, no caso, em fato jurídico (FJ). As hipóteses fáticas são construídas pelo sistema jurídico vigente⁸⁰.

Dessa forma, a norma deve ser capaz de englobar uma vasta quantidade de situações fáticas distintas e complexas, de modo a descrevê-las e ordená-las de tal forma que os fatos considerados semelhantes possam receber o mesmo tratamento jurídico. Isso ocorre por meio da observação empírica das relações sociais que devem ser valoradas pelo direito, de modo a erigir o fato social à categoria de fato jurídico⁸¹.

Marcos Bernardes de Mello afirma que antes de existir norma jurídica, não há falar-se em direito, ainda que abstratamente, e que só há juridicidade, propriamente, após a existência do fato jurídico. O processo legislativo, nesse sentido, é atividade política formalizada através de atos jurídicos, onde os fatos sociais são valorados levando em consideração sua relevância para a convivência humana. Trata-se, portanto, da dimensão axiológica do direito. Na realidade, a atividade legislativa já é, em si, jurídica, visto que se desenvolve pela prática de atos jurídicos, ou seja, dentro do mundo do direito. A elaboração das normas envolve dois aspectos. Um eminentemente axiológico, de natureza política - pois na criação do texto normativo há escolha de valoração por parte do órgão legislativo - e outro de caráter jurídico,

⁷⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Versão eletrônica sem paginação.

⁸⁰ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. Vol. 2. p. 67-70.

⁸¹ DANTAS, Bruno. Tipicidade dos direitos reais. *Revista jurídica da presidência*. Brasília, vol. 20, 2018. p. 439-463.

considerando que a produção de normas jurídicas resulta da observância de um conjunto ordenado de atos jurídicos regido por normas jurídicas⁸².

Para Karl Larenz, toda ordem de cunho jurídico contém determinadas regras que pretendem que aquele a quem se dirige, se comporte de acordo com elas. Tais regras também representam normas de decisão, visto que aqueles que resolvem os conflitos devem julgar em conformidade com elas. As normas jurídicas, na concepção do autor, são tanto normas de conduta para os cidadãos, como normas de decisão para os órgãos jurisdicionais e administrativos. Uma norma jurídica pode estar expressada na lei, no Direito consuetudinário ou por meio de concretizações dos princípios jurídicos. A norma jurídica enlaça uma coisa com a outra. Associa uma situação de fato, circunscrita de forma geral, a uma previsão normativa, ou seja, uma consequência jurídica, que por sua vez também é circunscrita de forma geral. Assim, sempre que se verifique a situação de fato indicada na previsão normativa (o suporte fático), entra em cena a consequência jurídica. A ligação de um evento fático, da forma que está descrito na previsão normativa, a uma consequência jurídica que se situa no âmbito do juridicamente vigente e que, por isso, entra em vigor com a realização do pressuposto fático, é o que de específico existe na proposição jurídica enquanto forma de expressão linguística de uma norma. A proposição jurídica (=norma jurídica) trabalha com os termos “dever” ou “estar obrigado”, tratando-se mesmo de termos chave da linguagem normativa. O sentido do enlace do pressuposto de fato com a consequência jurídica não é uma afirmação, mas uma ordenação de vigência⁸³.

O editor normativo exige a submissão daqueles a quem a norma é endereçada, por isso a norma jurídica pode ser vista como uma decisão, pois através dela garante-se que certas decisões sejam tomadas. Elas estabelecem controles, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões, cumprindo a tarefa de indicar quais alternativas decisórias devem ser escolhidas⁸⁴. A norma tem como função definir as condições gerais que devem ser satisfeitas pelas decisões jurídicas nos modernos sistemas jurídicos⁸⁵. O dador da norma diz como deve ser o direito, no âmbito da validade. As suas palavras devem ser observadas, tendo em vista

⁸² MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 128.

⁸³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 349-353.

⁸⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Versão eletrônica sem paginação.

⁸⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 333.

que a sua legitimação advém de normas precedentes, habilitando-o, assim, a propor ordenações de vigência que sejam vinculantes⁸⁶.

Tal concepção pode ser classificada como não sancionista, considerando que a norma jurídica é uma proposição completa quando contém, simplesmente, a descrição do suporte fático e a prescrição de um preceito a ela correspondente. Assim, a obrigatoriedade das normas jurídicas reside na sua incidência. Se o fato previsto no antecedente (suporte fático hipotético) acontece no mundo, a norma jurídica incide e a partir daí subordina aos seus preceitos, as condutas relacionadas por ela⁸⁷.

Marcos Bernardes de Mello afirma que a estrutura lógico formal de cunho não sancionista, na esteira da terminologia proposta por Norberto Bobbio, é admitida sem contestação por todas as doutrinas que tratam do assunto, mesmo as de cunho sancionista. A diferença entre elas está, exclusivamente em que, para a doutrina sancionista, formulada por Hans Kelsen, a norma jurídica possui, sempre, uma estrutura dupla, formada por norma primária e secundária (perinorma e endonorma, nos termos da terminologia proposta por Carlos Cossio), enquanto que para a doutrina não sancionista, a norma jurídica possui a estrutura unitária e não necessita que, em seu contexto, haja uma sanção. A doutrina sancionista, todavia, também entende que tanto a norma primária quanto a secundária são estruturadas com um antecedente e um consequente⁸⁸.

Isso fica evidente se analisarmos o tema a partir da lição de Paulo de Barros Carvalho, para quem, o discurso produzido pelo legislador, de forma ampla, é de todo redutível a regras jurídicas, cuja composição sintática é constante, ou seja, é construída através de um juízo condicional, em que se associa uma consequência à realização de um acontecimento fático previsto no antecedente. Assim, os enunciados prescritivos ingressam na estrutura sintática das normas, na condição de proposição-hipótese (antecedente) e de proposição-tese (consequente). A proposição antecedente funciona como descritora de um evento de possível

⁸⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 353.

⁸⁷ Em contraponto, a concepção sancionista que trabalha com a noção de norma primária e norma secundária. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72; NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *Revista de informação legislativa*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181581>>. Acessado em 01/08/2018; SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 47; KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 27 e ss.

⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 117. Nota de rodapé nº 13.

ocorrência no campo da experiência social, visto que este assenta-se no modo ontológico da possibilidade, ou seja, os eventos da realidade tangível nele colacionados terão de pertencer ao campo do possível. Caso a hipótese faça previsão de fato impossível, a consequência, que prescreve uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, nunca se instalará, de modo que a norma não terá eficácia social. Porém, a posição do autor é no sentido de que apenas a norma jurídica, tomada em sua integridade constitutiva, terá o condão de expressar o sentido cabal dos mandamentos que legisla⁸⁹.

O discurso normativo, todavia, possui um caráter ambíguo, visto que a norma nas diferentes teorias participa ora de formas hipotéticas, ora de formas imperativas, tendo-se sempre por interpretável, albergando múltiplos sentidos (interpretabilidade), mas também impositivo, sendo a premissa de discussões (dogmaticidade)⁹⁰⁻⁹¹. Assim, afirma-se que o texto normativo é signo de cuja interpretação decorre a norma⁹². Normas não são textos nem o conjunto deles, mas sim os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos⁹³. Os textos normativos são os suportes físicos, de modo que antes do contato do(s) sujeito(s) cognoscente(s) não há falar-se em norma jurídica, mas sim em enunciados linguísticos plurívocos esparramados pelo papel, postados em silêncio, em estado de dicionário aguardando que alguém lhes dê sentido⁹⁴. A norma jurídica é conteúdo da fonte de

⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Versão eletrônica sem paginação.

⁹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. Versão eletrônica sem paginação.

⁹¹ A relação autoridade/sujeito da estrutura monológica do discurso normativo, conforme a anotação de Tercio Sampaio Ferraz Jr., parece evidenciada no exemplo de Adriano Soares da Costa: “Se uma pessoa vem em seu veículo e para o carro diante de um sinal luminoso vermelho, sua atitude de parar o automóvel decorre do atendimento aproblemático da norma jurídica, socialmente vivida, de que, diante de um sinal de trânsito, deve o condutor do veículo pará-lo. Se, ao sinal verde, volta a pôr em movimento seu carro, mais uma vez atende à norma jurídica que dispõe sobre as condutas devidas no fluir do trânsito” COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 62. Sobre as estruturas monológica e dialógica do discurso normativo Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. Capítulo 2, item 2.2.

⁹² Conforme a lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, é postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, indicando que toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação. O autor afirma que houve, de fato, na antiguidade, exemplos de rompimento radical dessa tese, como a proibição de Justiniano de que se interpretassem as normas do seu *Corpus Iuris*. Porém, o que se sabe hoje é que não se conseguiu evitar que aquelas normas fossem interpretadas, como também, que se reconhecia apenas como vinculante a interpretação do próprio imperador, ou seja, a proibição de interpretar não era supressão, mas um limite. Cf. FERRAZ JR., Tercio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 83.

⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 50; COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 152.

⁹⁴ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. 48.

direito⁹⁵. Riccardo Guastini anota que interpretação jurídica é a atribuição de sentido a um texto normativo⁹⁶, e, por sua vez, Pontes de Miranda descreve a interpretação como a construção de sentido realizada pelo ser humano, considerando que para que se saiba a norma jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, há a necessidade de que se saiba o que é que se diz nela. A determinação do conteúdo da norma é função do intérprete, ou seja, do juiz ou de alguém, jurista ou não, a quem a norma interessa⁹⁷. Todavia, há uma relação semântica pré-estabelecida inserida na linguagem jurídica, tratando-se de núcleos de sentido, tidos como traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem⁹⁸. Tal relação semântica pré-estabelecida relaciona-se de forma bastante estreita com a noção de sentido possível defendida por Karl Larenz, pois, para o autor, toda interpretação de um texto deve começar por meio do seu sentido literal, entendido como o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, sendo possível a sua constatação, no uso linguístico especial do falante concreto⁹⁹.

Corroborando com tal ponto de vista, Adriano Soares da Costa defende que o processo hermenêutico não pode ser visto como algo arbitrário, em que o intérprete atribui, como bem entenda, a significação ao texto analisado. Dizer que o signo não possui, ele próprio uma significação, mutila o processo comunicacional, que só pode ser realizado dentro de um código comum ao emissor e ao destinatário. Aquele que expressa uma mensagem, buscando ser compreendido, expressa dentro de uma gramática como a determinada pela comunidade do discurso. Sem isso não existe possibilidade de comunicação. Há entre emissor e o destinatário um código comum, e, por isso, uma série de regras que atribuem significado ao signo. A significação se contém no texto, mas não só nele. Há texto e há contexto. Contexto do texto e contexto do intérprete. A norma jurídica como significação dos textos prescritivos postos pelo ordenamento jurídico, deve ser analisada como fato cultural, em sua dimensão social intersubjetiva. Portanto, não é a significação que um intérprete individualizado, psicologizado, saque das fontes do direito. A interpretação é processo de revelação do seu conteúdo positivado, é processo de construção intersubjetiva da significação expressa no

⁹⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

⁹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23.

⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1 de 1969*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo I. p. 400; IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. 48.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 50-52.

⁹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 7ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 451.

suporte físico que é o grafema escrito de uma folha de papel. Assim, o processo de revelação da norma jurídica, através de fontes de direito, é processo de construção de sentido partindo de uma dado, sendo a norma, a significação construída a partir do texto positivado, na medida em que essa significação, no mínimo, cumpra seu papel de incidir na zona material da conduta humana, conformando-a¹⁰⁰. Para Pontes de Miranda, o propósito da relação jurídica processual é a aplicação da lei, tida “não somente a lei escrita, mas a lei no sentido mais largo, que é a de fonte de direito. O que o juiz aplica é o direito, e não só o texto escrito”¹⁰¹.

Destaque-se, nesse ponto, as palavras de Pontes de Miranda, asseverando que o direito não é apenas produto da cultura, do capricho ou da prepotência. Está contido nos fenômenos do mundo, a cultura transforma-o, não o cria¹⁰².

Marcos Bernardes de Mello assevera que foi a partir da doutrina normativista de Hans Kelsen que a ciência do Direito viu introduzido um novo conceito de norma jurídica. Os normativistas passaram a fazer distinção entre norma jurídica e o ato emanado do legislador, o texto normativo propriamente dito¹⁰³. Nesse sentido, há o ato de legislar, que é editar o texto normativo; há o fato de existir, despregada a da vontade do legislador, a norma jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê¹⁰⁴.

Miguel Reale, citando Tullio Ascarelli, afirma que o ato interpretativo não se reduz a mera inferência lógica a partir de regras de direito tomadas como premissas, mas, ao contrário, representa mesmo uma valoração a partir de paradigmas normativos. Ou seja, o ato interpretativo, nessa senda, não é simples inferência lógica a partir de premissas, mas é uma série de valorações a partir de paradigmas. A valoração é exercida através de parâmetros normativos, os quais delimitam a função criadora do intérprete. Interpretar é optar entre valores compatíveis com a estrutura normativa. A função primordial da interpretação consiste em realizar uma tarefa extremamente difícil, que é a de conciliar o complexo de normas vigentes com a realidade subjacente, em que novos fatos emergem a todo instante, em

¹⁰⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31-35.

¹⁰¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I. p. 312.

¹⁰² MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo II. p. 46; RAMALHETE, Clovis. *Pontes de Miranda, teórico do direito*. Revista da informação legislativa. Brasília, n. 97, 1988. p. 265.

¹⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 112.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 1. Versão eletrônica sem paginação.

contínua e conflitante transformação, pois interpretar é também mediar a adaptação das estruturas normativas à realidade social. O texto normativo pode ser um só e significar, no entanto, coisas diferentes ao longo do tempo, quer pela interferência de outras normas que venham alterar a interpretação das já vigentes, quer pela mudança dos critérios de apreciação social prevaletentes em determinada época¹⁰⁵, pois a vida do direito não está reduzida apenas a uma sucessão de fatos desvinculado dos valores que lhe dão sentido e significado, de cuja correlação dialética e a passagem ao mundo jurídico, emerge a norma jurídica¹⁰⁶.

Nesse ponto deve-se notar, conforme a lição de Winfried Hassemer, que a ideia de que o veredito judicial decorreria inequivocamente da norma codificada, foi superado. O reconhecimento de que o direito codificado não pode, pelo menos de fato, determinar inteiramente a decisão judicial não é novo. Tal reconhecimento é comprovado através da experiência de que o conteúdo da jurisprudência pode ser alterado profundamente, sem que a lei respectivamente aplicável tenha sido alterada¹⁰⁷⁻¹⁰⁸. Admite-se que as palavras da lei nem sempre dão indicações claras, que elas precisam ser preenchidas com valores positivados, que são porosas ou vagas. De outro lado, entende-se que há limites em balizas fixadas no significado natural das palavras ou em determinado núcleo duro dos conceitos¹⁰⁹. O problema de como é possível ao Estado-Juiz chegar a decisões justas aos casos que lhe são trazidos é uma questão nuclear para os autores que centram o essencial de suas atenções na decisão de litígios. Forte em Esser, Karl Larenz anota que onde quer que a jurisprudência transcenda os quadros traçados pela lei, observará, necessariamente, a pensamentos jurídicos gerais ou princípios que retira ou pretende retirar da própria lei¹¹⁰.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol 74, 1979. p. 195-210.

¹⁰⁶ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2003. p. 11-13.

¹⁰⁷ Nesse sentido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, *vide*: HC 126292, rel. Min. Teori Zavascki e ARE 963246, rel. Min. Carmén Lúcia.

¹⁰⁸ Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Primeira Turma denegou a ordem de “*habeas corpus*” em que se pleiteava a reforma da decisão que reconheceu a ocorrência de dolo eventual em relação a homicídio cometido por motorista embriagado na direção de veículo automotor, firmada a competência do tribunal do júri. O Colegiado considerou legítima a tipificação da conduta como crime doloso, de competência do tribunal do júri, ante o reconhecimento da *evolução jurisprudencial* na análise do que vem a ser dolo eventual e culpa consciente. HC 124687/MS, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso.

¹⁰⁹ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 283-284.

¹¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 101.

Tal orientação parece evidente a partir do momento em que as codificações contemporâneas, no que aparenta ser um movimento que a doutrina identifica como uma superação do positivismo, dá preferência ao que Miguel Reale chama de normas abertas, ou seja, aquelas que não são subordinadas ao renitente propósito de uma rigor jurídico cerrado, dando margem a interpretação efetuada pelos juristas, de modo que exige que a exegese das leis e dos contratos não seja efetuada em abstrato, mas em concreto. A adoção de tais normas no ordenamento jurídico põe a exigência de uma hermenêutica jurídica estrutural, que se distingue pelo exame da totalidade das normas pertinentes a determinada matéria, que podem vir a incidir no caso concreto. A interpretação do texto normativo descasada do seu contexto, não é mais compatível com a ideia o contexto indicado¹¹¹.

Karl Renner afirma que é tarefa do jurista, demonstrar que o desenvolvimento histórico do direito no contexto do alargamento dos direitos individuais, decorre do desenvolvimento dissociado de instituições jurídicas e econômicas, bem como de que a mudança nas funções sociais das instituições jurídicas toma lugar em uma esfera fora do alcance das normas, e que eventualmente necessita de uma transformação das normas jurídicas¹¹².

Eros Roberto Grau, mesmo entendendo que os juízes são intérpretes autênticos da lei, afirma que os mesmos não criam, porém produzem o direito, em verdadeiro trabalho de complementação da atividade do legislador. Esse trabalho faz-se necessário pelo próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção da norma jurídica a partir de um texto normativo. Para o autor, os juízes produzem direito como consequência do processo de interpretação, pois esta consiste em transformação de expressão (texto) em norma. Nessa concepção, a norma jurídica não é apenas o texto normativo nela transformado, pois resulta da cópula entre texto e realidade. Ou seja, a atividade interpretativa não apenas declara, mas constitui a norma a partir do texto e da realidade. A necessidade de uma interpretação condizente com a realidade não significa uma abertura para a discricionariedade¹¹³, considerando que o Poder Judiciário, que está configurado a partir de um sistema que garante a sua separação e independência¹¹⁴ com relação aos outros poderes, é composto por

¹¹¹ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2003. p. 11-13.

¹¹² RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1949. p. 52.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 25.

¹¹⁴ Nos termos do artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

juizadores também independentes que devem, porém, agir como membros de um órgão que sempre busca a coesão coletiva e uma abordagem comum, ou seja, coerência e integridade¹¹⁵, num contexto em que a existência de hierarquias recursais tornam uma decisão local, de primeira instância, relativamente descentralizada, passível de ser analisada por um órgão julgador superior, a fim de que se assegure o próprio imperativo de coesão¹¹⁶.

Lenio Streck, pugnando pela existência de um senso comum teórico, afirma a existência de uma coagulação dos sentidos jurídicos. Para o autor, mesmo que um dispositivo legal esteja formulado na mais simples linguagem ordinária, ainda assim a sua interpretação não pode ser afastada daquilo que se pode chamar de campo jurídico, pois não é qualquer pessoa que pode ou que sabe interpretar a lei. As palavras da lei só adquirem significado a partir de uma teorização, a partir de uma contextualização, de uma tradição, pois é a teoria que é a condição de possibilidade dessa determinação de sentido. De modo que afirma não haver sentido imanente, evidente, visto que as palavras da lei não contêm um sentido em si. Cita os sofistas para defender que entre as palavras e coisas não há imanência. Afirma também que a interpretação da lei não pode se limitar à lei, advertindo que ao ir além da lei, o intérprete estará em um ponto de alta complexidade, e é justamente nesse ponto que muitos juristas pensam que, pelo simples fato de superarem o positivismo exegético, estariam diante do pós-positivismo. Para Lenio Streck tal pensamento não passa de um ledor engano, visto que o positivismo possui várias faces¹¹⁷.

Marcos Bernardes de Mello, por sua vez, afirma que não é democrático que a autoridade crie a norma e ao mesmo tempo aplique-a. O poder dado à autoridade de criar a norma jurídica, atribuindo aos enunciados prescritivos, ou seja, textos normativos, o sentido que entende apropriado, possui nítido caráter absolutista, o que facilmente conduz à arbitrariedade. Na democracia, substituímos o absolutismo real pelo absolutismo legal, mas aqui o arbítrio sofre temperamentos por conta da divisão das funções de legislar e de aplicar a norma. Assevera que no exercício do poder de construção da norma, partindo do pressuposto de que o aplicador está livre para criar o sentido que entende mais apropriado, num âmbito de ilimitada liberdade, o mesmo pode se deparar com a situação em que o julgador ou a

¹¹⁵ Conforme o artigo 926 do Código de Processo Civil.

¹¹⁶ MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *A relação "texto e norma" e a alografia do direito*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acessado em 02/10/2018.

autoridade administrativa competente, dizem conteúdo diverso daquele que consta no texto legislado. Desse modo, o autor defende que o aplicador erra quando a norma que criou infringe a regra geral de onde ele retirou a norma jurídica¹¹⁸.

Nas palavras de Ana Paula de Barcelos, as últimas décadas do século XX e os primeiros anos do século XXI formam um período de transformações no âmbito jurídico, tendo como consequência a ampliação quantitativa e qualitativa do espaço reservado à interpretação jurídica e ao intérprete. As causas de tais transformações advêm do fato de que Cartas Constitucionais consagram em um mesmo texto, opções e interesses políticos diversos, havendo, portanto, a possibilidade do choque de direitos, exigindo técnicas próprias a fim de manter a unidade da Constituição. Além disso, a generosidade na previsão de valores materiais de conteúdo difuso, dificulta a possibilidade de uma definição detalhada, variável em certa medida no tempo e no espaço, e em função das circunstâncias do caso concreto, com a conseqüente transferência de determinação de sentido de normas constitucionais ao intérprete¹¹⁹.

De fato, o direito de qualquer Estado constitucional moderno é extremamente complexo¹²⁰. Por isso, a interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre em um cenário de possibilidades, visto que o direito é um fenômeno complexo de comunicação, na perspectiva da decidibilidade de conflitos¹²¹.

De qualquer forma, no procedimento de interpretação e aplicação do direito há que se reconhecer que as diferentes teorias interpretativas tendem a ser produto de anseios relativos a determinados locais e épocas. Tal constatação diz respeito ao impacto nas transformações fáticas da realidade à qual o direito vincula-se, como o aumento da complexidade da estrutura do ordenamento jurídico em decorrência das transformações operadas no tocante às fontes do

¹¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 124.

¹¹⁹ A autora traz, ao menos, dois exemplos: (I) REsp 240.721/SP, onde foi deferida tutela provisória a fim de relativizar coisa julgada, pois, para o a 1ª Turma do STJ, a coisa julgada e o seu fundamento, a segurança jurídica, não podem sobrepor-se aos princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade; (II) Rcl 2.040/DF, que envolveu conflito entre o direito à honra e ao bom nome e os direitos à intimidade e à integridade física. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A norma interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50-51.

¹²⁰ MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

¹²¹ FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. Direito, linguagem e interpretação. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

direito. As reflexões acerca do que se pretende que seja o direito impactam na forma de aplicá-lo¹²².

Com a jurisprudência dos conceitos ou pandectística, originada na Alemanha do século XIX - assim denominada por seu apego às diretrizes do Direito Romano codificado pelo Imperador Justiniano¹²³ - a doutrina centrou os seus esforços sobre o tratamento formal dos conceitos e sua descrição, pois estes serviriam de fonte de conhecimento. Esse modelo serviu aos seus representantes para provar que a lei seria fecunda por si mesma, *sem recurso às situações da vida*¹²⁴. Nesse estágio, o processo de reflexão e construção do direito se realiza a partir de operações imutáveis, através de silogismos automáticos e estéreis, buscando a construção de uma doutrina neutra, cientificamente adequada e independente do contexto social a que se aplique¹²⁵.

Há quem indique que com o surgimento da jurisprudência dos interesses, o direito passou a ser operado em atenção aos *valores em confronto*, em função dos quais se pudessem verificar as necessidades dos indivíduos em conflito, modificando, assim, a aplicação do direito através da inclusão da valoração e pelo afastamento da subsunção lógica, enquanto técnica exclusiva ou preponderante em termos de aplicação. Faz-se necessária a aplicação do Direito levando em conta os interesses que determinam as opções do legislador. Buscam-se os fatos, sem romper ou abandonar a compreensão normativa. Passa-se ao Direito do caso concreto. Por outro lado, o positivismo científico recusa o método teleológico, pregando o domínio da explicação causal, pois o positivismo, em sua origem política, representava a necessidade de segurança nas relações sociais. Surge com isso, na França, a Escola de Exegese, e os pandectistas na Alemanha, onde a ciência do Direito circunscrevia-se à análise de juízos normativos, evoluindo para o positivismo legalista, entendendo a lei como o único objeto da Ciência Jurídica¹²⁶.

¹²² KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da faculdade de direito – UFPR*. Curitiba: UFPR, vol. 60, 2015. p. 193-213.

¹²³ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2003. p. 11-13.

¹²⁴ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 168.

¹²⁵ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da faculdade de direito – UFPR*. Curitiba: UFPR, vol. 60, 2015. p. 193-213.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do Direito. *Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 418.

Como recusa ao positivismo formalista surgem várias tendências para a análise do fenômeno jurídico. Abandona-se o culto à lei em seu sentido literal, passando a conceber-se o seu sentido diante do caso concreto. Reforma-se a legislação, mediante a utilização de *cláusulas gerais*, bem como com o uso de argumentos finalísticos. Como meio de garantir a segurança jurídica, portanto, dá-se maior atenção ao processo de aplicação, cujo objetivo é a concreção, entendida como o processo de aplicação do Direito, onde a norma insere-se no fato¹²⁷. Afirma-se, hoje, todavia, o caráter cultural do direito, sublinham-se justamente as características de humanidade, socialidade e normatividade do jurídico, frisando-se a gênese axiológica e cultural da ciência jurídica¹²⁸. A pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta à ideia de justiça¹²⁹. O advento do Estado Constitucional instiga a irresignação com soluções injustas, o que fica evidente a partir do controle difuso de constitucionalidade e da necessidade de uma incessante interpretação conforme os direitos fundamentais¹³⁰. Afinal, o direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela correlata ao direito material e, fundamentalmente, à realidade social¹³¹.

As normas jurídicas são regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem. Para que possam cumprir a sua missão, devem ser aplicadas. Tal aplicação apresenta questões relevantes, mesmo que seja observada do ponto de vista do procedimento silogístico, pois a fixação das premissas, mesmo a premissa maior – mas também a menor, que denomina-se comumente como subsunção - não consta simplesmente do texto da lei, considerando que toda lei carece de interpretação¹³².

Por diversos motivos os sistemas jurídicos utilizam termos avaliativos tais como razoável, justo, descuidado, imprudente e afins, o que dificulta a aplicação da norma jurídica

¹²⁷ ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do Direito. Subsunção e concreção na aplicação do Direito. *Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.p. 419.

¹²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 239-241.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 58.

¹³² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 383.

aos casos concretos. Parece ser por isso que o direito em ação, nos termos do que defende Neil Maccormick, é sempre um *locus* que envolverá argumentação e interpretação¹³³.

A doutrina dá conta de que sempre existiu uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação concreta. A Constituição Federal de 1988 apenas haveria acirrado o problema no que diz respeito à interpretação, denotando, por exemplo, a convicção de que a ausência de critérios acerca da supremacia ou hierarquia entre os princípios deveria ser solucionada, apenas, pelo juiz, a partir de uma pretensa compreensão teleológico-social do direito¹³⁴, o que pode ter sido fruto da afirmação de Kelsen no sentido de que a norma, no que diz respeito à sua aplicação, não pode vincular em todas as direções, havendo sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de modo a servir como uma moldura a ser preenchida¹³⁵, de modo a deslocar o centro nevrálgico do poder de solucionar os casos jurídicos para o protagonismo judicial¹³⁶.

2.3.1 Regras e princípios

Regras e princípios são espécies de elementos normativos, ou seja, reúnem-se sob o conceito de norma jurídica, visto que dizem o que deve ser, e podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição¹³⁷.

Deve-se ainda notar que há doutrinadores que defendem a caracterização dos postulados como normas de segundo grau¹³⁸.

¹³³ MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

¹³⁴ STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Versão eletrônica sem paginação.

¹³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

¹³⁶ STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Versão eletrônica sem paginação.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 87.

¹³⁸ Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. P. 163 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 781.

Pontes de Miranda define que a regra jurídica é norma com que o homem subordina os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, distribuindo os bens da vida¹³⁹.

Definir o princípio de maneira consensual, por outro lado, é uma tarefa bastante árdua, pois basta uma exame superficial na rica produção bibliográfica sobre o tema para se perceber que há discordâncias importantes sobre o seu conceito. Uma das possibilidades é definir o instituto destacando seu caráter geral, abstrato e vago. Os princípios, desse modo, são caracterizados pela baixa concretude (baixa densidade normativa), não apontando para uma única solução do caso concreto e autorizando múltiplas alternativas de interpretação. Assim, os princípios seriam vagos no sentido comparativo, apresentando uma grau de vagueza bem maior que as regras, em termos gerais. Essa distinção, em sede doutrinária, é apontada como *fraca*, considerando os outros elementos normativos. A essa possibilidade, opõe-se aquela baseada na especificidade qualitativa ou estrutural dos princípios. Isso equivale a uma distinção *forte*, pois aponta peculiaridades na forma de aplicação de cada categoria normativa¹⁴⁰.

Há quem aponte que a análise dos princípios e das regras como espécies de normas só se deu, em maior grau, após a década de 70 do século XX, por conta da influência positivista que impedia uma análise de tais institutos na seara jurídica, considerando terem sido elencados pela ciência do direito como categorias inferiores que versavam sobre questões eminentemente morais e filosóficas, haja vista a preponderância das regras nos ordenamentos jurídicos anteriores aos pós-guerras¹⁴¹.

Embora a distinção entre princípios e regras não seja recente, a grande discussão sobre esse problema ganhou força com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy¹⁴². Ronald Dworkin direciona um ataque ao positivismo jurídico¹⁴³, especialmente na versão defendida

¹³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 1. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Editora Método: 2008. p. 179-197.

¹⁴¹ MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Princípios ou regras: o problema não é distinguir, é aplicar. In: DA SILVA, Jéssica Aline Caparica; EHRHARDT JR., Marcos. (Coord.). *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 48.

¹⁴² DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, 2003. p. 609.

¹⁴³ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 158; Humberto Ávila afirma textualmente que “a finalidade de Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo”. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio

por H. L. A. Hart¹⁴⁴. A sua estratégia gira em torno do fato de que nos casos difíceis (*hard cases*) há a utilização de *standards* que não funcionam como regras, mas operam como princípios. Para Ronald Dworkin, os princípios possuem uma *dimensão de peso*. Já as regras são aplicáveis no *tudo ou nada*, pois quando há conflito entre elas, uma delas não pode ser válida¹⁴⁵.

Ao conceituar um caso difícil, Ronald Dworkin utiliza uma definição da teoria positiva, e pontua que se tem um caso assim quando determinada ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão. Por outro lado, os casos fáceis são aqueles que se pode aplicar uma regra clara de direito já preexistente, isto por que não há discussão de base quanto a que padrão referencial normativo deve incidir. Ou seja, quando as pessoas envolvidas não discordam acerca da regra jurídica aplicável ou mesmo em relação ao modo como um princípio deve ser desdobrado, não há o tipo de conflito que se demonstra nos casos difíceis, porém, sendo clara a regra estabelecida, o âmbito de variação da decisão judicial fica dentro de um intervalo conhecido pelas partes, o que permite um tipo de justificativa da decisão muito mais apreensível por que se limita e fixa posições jurídicas compatíveis com as expectativas das partes envolvidas¹⁴⁶.

Assim, Ronald Dworkin defende que no caso das regras, se os fatos previstos por ela exteriorizam-se, então a regra deve incidir imediatamente, sendo, portanto, válida. Caso contrário, não irá contribuir para a decisão, situação em que não será utilizada. No caso de conflito entre duas regras, apenas uma delas será considerada válida, devendo a outra ser excluída do ordenamento jurídico, ou seja, deixa de valer. De qualquer forma, o autor admite a possibilidade de que as regras comportam exceções. Já a dimensão de peso dos princípios permite que um prevaleça sobre o outro, sem que isso implique exigir que o que não foi

Vargas, vol. 215, 1999. p. 156; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 56; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176; MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Princípios ou regras: o problema não é distinguir, é aplicar. In: DA SILVA, Jéssica Aline Caparica; EHRHARDT JR., Marcos. (Coord.). *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 49.

¹⁴⁴ O próprio H. L. A. Hart afirmou que “muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi um grande erro de minha parte não ter enfatizado sua força não-conclusiva” HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 339.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nova York: Bloomsbury, 2013. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁴⁶ DIAS, Jean Carlos. Refutações às críticas à tese da resposta certa a partir da abordagem sistemática do pensamento dworkiniano. *Novos Estudos Jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 22, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v22n2.p700-722>>. Acessado em 17/11/18.

aplicado seja retirado do ordenamento, havendo, no caso, uma sobreposição do princípio que, no caso concreto, for mais importante ou, em outros termos, que tiver mais peso¹⁴⁷.

Para Dworkin, o emprego de um princípio é condicionante e só ocorrerá nos casos em que a regra não foi suficiente, ou seja, naqueles em que nenhuma regra jurídica dita uma decisão específica. Isso ocorre de forma recorrente nos chamados casos difíceis. Para o autor, a diferença entre princípios e regras é de caráter lógico, considerando ainda que só há uma resposta correta para cada caso concreto¹⁴⁸.

A utilização de princípios, conforme as lições de Ronald Dworkin, visa resguardar a decisão apropriada a uma caso concreto. Na sua concepção, o direito é uma instituição integrada por princípios ligados a moral, que por sua vez, parte de valores vigentes em uma comunidade que padecem de força normativa jurídica. Porém, a moral dessa comunidade pode se tornar princípio jurídico através de direções normativas jurídicas ao serem aplicadas por tribunais e legisladores. O autor sustenta que a solução para problemas jurídicos que existem nas relações sociais vai muito além da análise das normas e das razões que levam indivíduos a cumpri-las por alguma obrigação moral. Assim, afirma que os padrões estabelecidos são, de certa maneira, insuficientes para trazer resposta ao que se infringiu, buscando os princípios a partir de sua identificação para saber se são suficientes para resolver a situação posta, ou se com base apenas nas normas o direito pode ser aplicado de forma consistente¹⁴⁹.

Para Neil MacCormick, a concepção trazida pela teoria da argumentação jurídica tem como ideal não apenas demonstrar como avaliar se uma decisão está fundamentada de forma correta, mas também prescrever os passos para a construção de uma boa decisão. O caminho percorrido para tanto inicia-se com a utilização de princípios, tidos como recursos válidos e necessários para a aplicação da teoria do direito. Essa abordagem se dá sob aspectos de

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nova York: Bloomsbury, 2013. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nova York: Bloomsbury, 2013. Versão eletrônica sem paginação; DIAS, Jean Carlos. Refutações às críticas à tese da resposta certa a partir da abordagem sistemática do pensamento dworkiniano. *Novos Estudos Jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 22, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v22n2.p700-722>>. Acessado em 17/11/18.

¹⁴⁹ BARROSO, Thais Souza. A função dos princípios na concepção de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. In: DIAS, Jean Carlos (Coord.). *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Gen Método, 2015. Versão eletrônica sem paginação.

normas, princípios e políticas, além da existência de uma norma de reconhecimento, conforme a teoria de H. L. A. Hart¹⁵⁰.

O direito precisa mover-se no sentido de se adaptar às demandas sociais em velocidade nem sempre alcançada pelo processo legislativo, e sempre de acordo com um ideal de segurança jurídica, através das ferramentas fornecidas por suas dimensões dinâmicas e estática¹⁵¹. Tal questão é uma constante nos problemas enfrentados pela doutrina.

H.L.A. Hart, por sua vez, em resposta às críticas de Dworkin, dialoga com muitas das objeções que lhe foram feitas pelo autor, reconhecendo, em especial, que uma das mais conhecidas foi a de que em sua obra, erroneamente, teria defendido que o direito é constituído apenas por normas do tipo tudo ou nada, ignorando por completo a existência de uma espécie diferente de padrão jurídico, qual seja, os princípios jurídicos. O autor admite que, de fato, não tratou acerca do tema de forma pormenorizada, indicando, a seguir, que os princípios possuem duas características. Uma delas, diferentemente do que Dworkin defende, é uma questão de grau, visto que os princípios são amplos, gerais ou inespecíficos, no sentido de que uma série de regras¹⁵² distintas poderiam ser apontadas como a manifestação de um único princípio. A outra diz respeito ao fato de que os princípios remetem mais ou menos explicitamente a algum objetivo, propósito, atribuição de direito ou valor, de modo que os princípios são considerados, de certo ponto de vista, como algo cuja preservação ou adoção mostram-se como desejáveis. Porém, destaca outro ponto. É que para H.L.A. Hart, as regras, não necessariamente devem estar em uma relação de tudo ou nada, visto que não há razão para que um sistema jurídico não possa reconhecer que uma regra válida define o resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando uma outra regra, julgada mais importante, for também aplicável ao caso. Dessa forma, assim como os princípios, uma regra, vencida num determinado caso ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio,

¹⁵⁰ BARROSO, Thais Souza. A função dos princípios na concepção de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. In: DIAS, Jean Carlos (Coord.). *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Gen Método, 2015. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁵¹ Sobre as dimensões estática e dinâmica da segurança jurídica: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016; MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Princípios ou regras: o problema não é distinguir, é aplicar. In: DA SILVA, Jéssica Aline Caparica; EHRHARDT JR., Marcos. (Coord.). *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 50.

¹⁵² H.L.A Hart utiliza a expressão norma para designar aquilo que Dworkin define como regra. Tal fato fica claro na seguinte passagem: “[...] há uma terceira característica distintiva que, pessoalmente, considero uma questão de grau, ao contrário de Dworkin, que a julga crucial. Segundo ele, as normas operam de uma forma ‘tudo ou nada’ no raciocínio daqueles que a aplicam” HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 336.

sobreviver e continuar vigente, estando apta a determinar o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante¹⁵³.

A crítica a H. L. A. Hart também baseia-se na questão da discricionariedade, que caracteriza-se, conforme a afirmação de Ronald Dworkin, na hipótese em que juiz ao julgar um caso em que não é regido por uma regra estabelecida, deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário. Os princípios serviriam justamente para diminuir a discricionariedade judicial. Por isso, a intenção de Ronald Dworkin é argumentar que não há discricionariedade judicial no sentido forte, ou seja, mesmo nos casos em que o direito não é claramente estabelecido em regras, existem padrões argumentativos jurídicos que podem orientar a tomada de decisão. É partindo dessa premissa que o autor defende que o juiz não pode utilizar qualquer critério para decidir o caso concreto, mas apenas critérios especificamente jurídicos¹⁵⁴. Porém, como observa Cláudio Michelin, um conceito que foi originalmente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade aptos a limitar a discricionariedade judicial, no caso brasileiro, é mais comumente associado a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. Conforme o autor, na maior parte da América Latina os princípios tratados por Ronald Dworkin foram recebidos como uma forma de reação ao próprio formalismo interpretativo tardio. No caso o Brasil, a adição dos princípios na argumentação jurídica faz parte da segunda geração de ataques ao formalismo jurídico, que soma-se ao amplo espectro de teorias relacionadas direta ou indiretamente ao direito alternativo¹⁵⁵.

José Reinaldo de Lima Lopes, no ano de 2003, quando a obra de Ronald Dworkin ainda estava sendo introduzida no Brasil¹⁵⁶, afirmou que a distinção entre princípios e regras

¹⁵³ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 334 e ss.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nova York: Bloomsbury, 2013. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁵⁵ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262-285.

¹⁵⁶ José Guilherme Giacomuzzi afirma que “o acesso ao trabalho de Dworkin ao grande público nacional era muitas vezes feito via tradução espanhola do seu primeiro livro, *Taking Rights Seriously*, publicado nos Estados Unidos em 1977 e que em espanhol recebeu o título *Los Derechos en Sério* em tradução publicada em 1984 pela Editora Ariel. Seguem as datas das traduções em português, na ordem cronológica de publicação da obra original, que vai indicada entre parênteses: Levando os Direitos a Sério, 2002 (*Taking Rights Seriously*, 1977); Uma Questão de Princípio, 2000 (*A Matter of Principle*, 1985); O Império do Direito, 1999 (*Law's Empire*, 1986); O Domínio da Vida, 2003 (*Life's Dominion*, 1993); O Direito da Liberdade, 2006 (*Freedom's Law*, 1996); A Virtude Soberana, 2005 (*Sovereign Virtue*, 2000); A Justiça de Toga, 2010 (*Justice in Robes*, 2006). O último livro publicado em vida por Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2011), que vem a ser uma espécie de coroamento da sua filosofia moral e jurídica, recebeu recente e ótima tradução pela Editora Almedina, de Lisboa:

não pode propriamente dizer respeito à natureza normativa das duas categorias, e que o fato de se invocar princípios em lugar de regras em nada esclarece o procedimento ou o raciocínio de quem decide. Nesse sentido, o problema central para os juristas encontra-se na esfera da aplicação, onde princípios e regras apresentam a mesma dificuldade, pois nenhum deles garante que se produzam decisões em um determinado sentido. Quem quer que delibere segundo normas, delibera da mesma forma, e chamar os princípios para defender algum tipo de conclusão prática não altera o caráter normativo-prescritivo do próprio ordenamento¹⁵⁷.

Ainda conforme a lição do autor, tornou-se lugar comum falar em princípios e regras desde a tese exposta por Ronald Dworkin. Muitos dos juristas que haviam se acostumado a falar do direito como um discurso lógico-dedutivo, à moda da geometria, viram ali a oportunidade de eventualmente explicar dificuldades colocadas ao entendimento do que fazem os juristas quando praticam o direito. Outros, todavia, enxergaram na distinção uma possibilidade de flexibilizar o direito, que os incomodava como se fosse excessivamente rígido. Desse modo, os princípios seriam a justificativa para a flexibilização que as regras – identificadas, de modo majoritário, com a lei em sentido formal, qual seja, a norma geral produzida pelo poder legislativo – não lhes permitiria. Houve também quem visse ali a possibilidade de escapar das dificuldades que a análise do juízo jurídico de aplicação ou de subsunção lhes colocava, na medida em que a aplicação dos princípios seria diferente das regras. Com base nos mesmos fundamentos, outros defenderam a possibilidade de dizer que certos juízos contra as leis não são arbitrários, porque são conforme princípios. O autor, portanto, critica a solução apresentada por Ronald Dworkin, pois os princípios seriam apenas regras mais gerais, e que, portanto, a invocação de princípios em determinado julgamento não altera substancialmente o processo mental utilizado pelo julgador ou sujeito deliberante. Ainda defende que não se pode simplesmente afirmar que os princípios podem chocar-se sem que sejam retirados do ordenamento enquanto as regras não podem chocar-se, visto que o choque ou contradição das regras deve ser resolvido pela investigação dos fatos. Determinadas as circunstâncias de um caso concreto, as regras aparentemente contraditórias convivem no ordenamento pois seus âmbitos de validade material são distintos, aplicando-se,

Justiça para Ouriços. Só um livro importante permanece sem tradução ao português: *Is Democracy Possible Here?* (2006), o qual trata de questões específicas do direito norte-americano. O espaço entre as datas das publicações originais e as das traduções indicia a importância editorial que a obra de Dworkin veio paulatinamente adquirindo Brasil” GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. *Novos estudos jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 19, 2014. Nota de rodapé 8. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p285-320>>. Acesso em: 17/11/18.

¹⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 49-64.

assim, a objetivos diferentes. É necessário que o juízo da premissa menor, ou seja, do caso, seja o objeto central da controvérsia, a fim de que a solução não se limite apenas a um salto entre regras e princípios¹⁵⁸.

Neil MacCormick aponta que a diferença entre princípios e regras proposta por Dworkin é superestimada, pois uma norma jurídica pode contribuir para a decisão relacionada a fatos em casos em que não seja diretamente aplicável. Indica que há casos em que há diversas normas válidas que levam para diferentes direções, diferentes caminhos. Dessa forma, a noção de peso para explicar a colisão entre princípios é metafórica, e pode causar imprecisões no momento da valoração de matérias que podem muito bem ser objetivamente mensuradas. Por outro lado, a justificação nos casos difíceis referidos na doutrina de Ronald Dworkin, ocorre no âmbito de um complexo de questões relacionadas a considerações acerca de princípios, argumentos consequencialistas e pontos de interpretação controversos sobre normas jurídicas válidas¹⁵⁹.

José Guilherme Giacomuzzi, por sua vez, afirma que no mundo anglo-americano as primeiras ideias de Ronald Dworkin sobre os princípios jurídicos não eram inteiramente novas e que, no que supostamente tinha de novidade, são poucas esclarecedoras, ou foram abandonadas pelo próprio autor e seguidas somente pela doutrina brasileira. Aponta ainda que quando a questão trazida a apreciação é complexa e envolve uma miríade de normas jurídicas aplicáveis, a questão a ser apreciada diz respeito a individuação que não se resolverá simplesmente com a distinção entre regras e princípios, pois há regras mais específicas e mais gerais, tanto na Constituição quando na vasta legislação infraconstitucional, que devem ser aplicadas por meio de um complexo, difícil e lento processo de individuação a ser realizado pelo intérprete. Dessa forma, o autor afirma que a diferenciação dworkiniana entre princípios e regras, não fará diferença na resolução de casos difíceis¹⁶⁰.

Joseph Raz, por sua vez, afirma que falar no *status* ou peso do princípio não faz sentido, considerando que algumas vezes as Cortes fazem referência a princípios, ou anunciam princípios, que nada mais são do que breves alusões a um conjunto de regras. Nesse caso, a explicação acerca do que seja um princípio pode ser vista como um resumo de um

¹⁵⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 50.

¹⁵⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University, 2003 p. 155-156.

¹⁶⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. *Novos estudos jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 19, 2014. p. 306. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p285-320>>. Acesso em: 17/11/18.

grande conjunto de normas jurídicas, e não a assertiva sobre o conteúdo de uma norma isolada¹⁶¹.

Para Brian Leiter, inclusive, o debate entre Ronald Dworkin e H. L. A. Hart, que já se encerrou há bastante tempo, foi vencido pelo último, na medida em que em diversos momentos Dworkin simplesmente não entendeu aquilo que Hart quis dizer, e, ainda levando em consideração, por outro lado, que diversos positivistas produziram réplica às críticas dirigidas a Hart¹⁶².

Robert Alexy afirma que regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma. Para o autor, regras e princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados através de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios e regras são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies bastante diferentes. A distinção entre ambos, portanto, é ente duas espécies de normas¹⁶³.

A tese defendida por Robert Alexy sustenta que as normas podem ser caracterizadas como regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa¹⁶⁴. Deve-se dizer, inclusive, que tal pressuposto assemelha-se ao defendido por Ronald Dworkin¹⁶⁵.

O ponto decisivo na distinção, para Robert Alexy, é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Princípios, dessa forma, são mandamentos¹⁶⁶ de otimização (onde mandamentos são utilizados em sentido amplo, incluindo também permissões e proibições)

¹⁶¹ RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. *Novos estudos jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 19, 2014. p. 306. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p285-320>>. Acesso em: 17/11/18.

¹⁶² LEITER, Brian. *The end of empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st century*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598265>. Acesso em: 15/11/2018.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 87.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

¹⁶⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 610.

¹⁶⁶ Humberto Ávila, quando apresenta o conceito de Robert Alexy, utiliza a expressão “deveres de otimização”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 58.

caracterizados pela possibilidade de poderem ser satisfeitos em graus variados, e pelo fato de que a medida devida para a sua satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas¹⁶⁷.

As regras, por sua vez, expressam deveres e direitos definitivos. Assim, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos¹⁶⁸. É que as regras são normas que serão sempre satisfeitas ou não satisfeitas, gerando a necessidade que se cumpra exatamente aquilo que ela exige, pois contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível¹⁶⁹.

Parece que um dos pontos chave para a problematização sobre essas diferentes espécies normativas está nos casos em que há a colisão entre princípios e conflitos entre regras.

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Robert Alexy demonstra a relação de tensão existente no caso de colisão entre os princípios, reconhecendo que nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas, através da ponderação entre princípios colidentes. Assim, os princípios possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Só a aplicação dos princípios diante de casos concretos, os concretiza mediante regras de colisão¹⁷⁰.

Quando teoriza sobre o conflito entre regras, Robert Alexy trata do conceito de validade jurídica, indicando que o mesmo não é variável. Para o autor, uma norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior, ou seja, se foi produzida de acordo com o ordenamento¹⁷¹.

Portanto, ou uma norma é válida, ou não é. No caso das regras, se esta é válida e aplicável a um caso concreto, significa dizer que a sua consequência jurídica também é válida. Não é possível que dois juízos concretos de dever-ser que se contradizem sejam válidos. No caso de duas regras com efeitos jurídicos contraditórios, e não havendo a possibilidade da

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

¹⁶⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 611.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 91.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 157.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 104.

utilização de uma cláusula de exceção¹⁷², então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida¹⁷³.

No conflito de regras, a solução passará pela subsunção, pois haverá a adequação das normas aos fatos¹⁷⁴. A estrutura geral da subsunção é descrita pela presença de uma premissa maior (norma jurídica), incidindo sobre uma premissa menor (fatos), tendo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto¹⁷⁵.

Robert Alexy afirma ainda que o conflito entre regras geralmente é resolvido através da incidência de metanormas tais como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali*. Para que se chegue a uma solução, portanto, uma segunda subsunção deverá ser realizada, o que pode ser caracterizado como uma meta-subsunção¹⁷⁶.

No sistema brasileiro, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) traz dispositivos que levam às tais metanormas indicadas por Robert Alexy, na medida em que o seu artigo 2º, § 1º determina que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Porém, o artigo 2º, § 2º, LINDB, determina que nem toda lei posterior revogará a anterior, pois há a possibilidade de que existam normas em sentido complementar¹⁷⁷, já que “a lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Já no caso de colisão entre princípios a solução se dá de maneira bastante diversa. Se dois princípios colidem, ou seja, quando um princípio determina que algo é proibido, e outro que algo é permitido, um dos dois terá que ceder. Essa solução não significa, porém, que o princípio cedente será declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula

¹⁷² A utilização de uma cláusula de exceção no âmbito de aplicação das regras parece ser o ponto principal de diferenciação entre a forma de aplicação das regras em Ronald Dworkin e Robert Alexy.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 92.

¹⁷⁴ MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Princípios ou regras: o problema não é distinguir, é aplicar. In: DA SILVA, Jéssica Aline Caparica; EHRHARDT JR., Marcos. (Coord.). *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 51.

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A norma interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. Balancing and subsumption. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 4, 2003. p. 433-449. Disponível em: <<https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>>. Acessado em: 02/04/2018.

¹⁷⁷ O termo normas em sentido complementar é utilizado, entre outros, por Flávio Tartuce. Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de introdução e parte geral*. São Paulo: Forense, 2017. p. 14.

de exceção. O que ocorrerá é que um dos princípios tem precedência em relação ao outro em determinadas situações. Sem embargo, sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma diversa¹⁷⁸. As condições em função das quais um princípio se sobrepõe a outro, estabelecem a hipótese de incidência de uma regra, que corresponde a consequência do princípio que se sobrepõe¹⁷⁹.

A realização completa de um determinado princípio, contudo, pode ser obstada pela realização de outro princípio. A colisão de princípios será resolvida por meio de ponderação (balanceamento ou sopesamento), dependendo, o resultado prático, do caso concreto¹⁸⁰.

É isso que se quer dizer, conforme as palavras de Robert Alexy, quando se afirma, mediante casos concretos, que os princípios possuem pesos diferentes e que aqueles com maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto, por outro lado, conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso¹⁸¹.

Como afirmado, a colisão de princípios será resolvida, no caso concreto, com a utilização da técnica da ponderação, que por sua vez, é fonte que robustece o princípio da proporcionalidade¹⁸².

Antes, portanto, de passarmos à análise da proporcionalidade e sua estrutura trifásica, cabe trazer o que Robert Alexy teoriza acerca das relações de precedência.

Segundo o autor, a solução para colisões entre princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Tal solução consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Com base no sopesamento aplicado a um caso concreto, se um princípio tem precedência em relação a outro sob determinadas condições, uma determinada consequência jurídica deverá ocorrer. Essa forma de resolução, dando precedência a um princípio, funcionará como suporte fático da regra do caso concreto, demandando uma

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 93.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 159.

¹⁸⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 611.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 94.

¹⁸² MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Princípios ou regras: o problema não é distinguir, é aplicar. In: DA SILVA, Jéssica Aline Caparica; EHRHARDT JR., Marcos. (Coord.). *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 51.

consequência jurídica específica. O autor chama essa lei de *Lei de Colisão*, explicando que trata-se de um dos fundamentos da sua teoria dos princípios¹⁸³.

O caminho que vai do princípio, ou seja, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Porém, a definição de uma relação de preferência é, conforme a lei de colisão, a definição de uma regra¹⁸⁴.

Assim, Robert Alexy afirma que o *resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais dará ensejo a uma norma de direito fundamental atribuída, que possui a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido*¹⁸⁵.

Diante do que até aqui foi dito, pode-se entender que para Robert Alexy, os princípios possuem mandamentos apenas *prima facie*, pois princípios representam razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas. O caso das regras é completamente distinto, considerando que estas exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam¹⁸⁶.

Princípios são razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas¹⁸⁷. Em sua estrutura formal, as regras prescrevem uma consequência jurídica definitiva, já os princípios preveem apenas consequências jurídicas *prima facie*. Do ponto de vista estrutural, a distinção opera-se a partir da performance de colisão. No caso das regras, ou uma exceção deveria ser incluída ou uma das duas regras deveria ser declarada nula. No caso dos princípios a colisão mantém ambos válidos, e o caso é concretizado em uma regra definitiva apenas através da otimização por ponderação em determinado caso concreto. Ainda deve-se adicionar o critério teórico-normativo, dando conta de que as regras são aplicadas através da subsunção das circunstâncias fáticas ao seu suporte fático e da dedução das suas consequências jurídicas. Em contraste, a aplicação dos princípios exige uma ponderação. Assim, os pontos de vista da dogmática da otimização da

¹⁸³ Ou seja, “se o princípio P1 tem precedência sobre o princípio P2 sob condições C; (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica C→R”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 99; ALEXY, Robert. *Princípios formales. Doxa*. Alicante: Marcial Pons, num. 37, 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.26>>. Acessado em: 09/06/2018.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 108.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 102.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 104.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 106.

teoria dos princípios são derivados de uma combinação de hipótese teórico-normativa com hipótese metódica¹⁸⁸.

Em *Ética a Nicómaco*, Aristóteles desenvolveu a sua doutrina da justiça, que, conforme anota Arthur Kaufmann, representa o ponto de partida de todas as reflexões sérias sobre a questão da justiça. O cerne da justiça é a igualdade. Porém, enquanto muito mais tarde, por exemplo, Kant, concebia a igualdade como igualdade formal ou numérica – onde o igual deve ser retribuído com o exatamente igual: cabeça por cabeça, sangue por sangue, dente por dente – Aristóteles reconheceu a igualdade como proporcional, geométrica, análoga. O igual, portanto, é um meio entre o demais e o de menos. Mas como o igual é um meio, assim também o Direito é um meio. O Direito é algo proporcional, pois, proporcional é o meio e o justo é o proporcional¹⁸⁹.

No âmbito normativo, com base em tais fundamentos, nos mais variados momentos em que se lida com a norma, exige-se do operador do Direito uma atuação razoável e proporcional. Assim é no momento da confecção da norma pelo legislador, bem como no instante em que se realiza a sua interpretação e aplicação (pelo advogado, por um administrador ou pelo juiz)¹⁹⁰. Em sentido equivalente, o direito alemão adotou a proporcionalidade, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais¹⁹¹.

Joaquim José Gomes Canotilho aponta que a proporcionalidade tem origem no controle de atos do executivo, sendo utilizada com medida para as restrições administrativas da liberdade individual, passando, posteriormente, a possuir dignidade constitucional, e influenciando a jurisprudência de países de *common law*, na medida em que demandava dos juízes, através da regra da razoabilidade, comportamento razoável tendo em conta a situação de fato e a regra do precedente¹⁹².

¹⁸⁸ POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão eletrônica sem paginação.

¹⁸⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 69.

¹⁹⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O postulado da razoabilidade e o direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, vol. 101, 2006. p. 231.

¹⁹¹ TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, vol. 204, p. 2.

¹⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 266-267.

Para Robert Alexy, a ponderação pode ser conceituada como parte do aparato necessário para que se trabalhe com o princípio (ou máxima, ou postulado) da proporcionalidade. Tal princípio (ou máxima, ou postulado), nos termos defendidos pelo autor, é utilizado de forma implícita ou explícita em diversos lugares quando do “*constitutional review*”. Existem três subprincípios (ou máximas parciais, ou sub-postulados, ou ainda elementos parciais¹⁹³) relacionados com a proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade em sentido estrito pode ser expressada por uma regra, a regra do sopesamento ou ponderação (*Law of Balancing*)¹⁹⁴.

A adequação exterioriza a diretriz de que os meios escolhidos para atingir determinado fim devem ser coerentes e pertinentes com o objeto almejado. Encerra-se a noção de proibição de arbítrio. A medida a ser tomada deve apresentar correlação adequada com a finalidade pretendida¹⁹⁵, o meio deve contribuir para a promoção do fim, pois que sua utilização só é justificada pelo fim, de modo que não sendo ele promovido, o uso do meio acaba não mais possuindo justificativa¹⁹⁶. Portanto, na adequação, em face da proporcionalidade, o que se exige é que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, que seja apto, capaz de lograr o desiderato pretendido¹⁹⁷. Nesse âmbito, Luís Roberto Barroso entende que é legítimo que se adote o critério da compleição física na escolha dos soldados que formarão uma tropa de choque, mas não para a seleção dos que servirão como digitadores ou auxiliares administrativos¹⁹⁸.

Já a necessidade, traduz a concepção de que a medida escolhida era indispensável para consecução do fim pretendido. Sem a adoção da providência escolhida, o fim almejado pela Constituição não seria atingido¹⁹⁹. O meio deve ser o mais suave dentre aqueles disponíveis,

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 405.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. Balancing and subsumption. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 4, 2003. p. 433-449. Disponível em: <<https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>>. Acessado em: 02/04/2018.

¹⁹⁵ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade dos atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado, vol. 46, 2009. p. 203.

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 236, 2004. p. 373.

¹⁹⁷ BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 126.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

¹⁹⁹ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade dos atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado, vol. 46, 2009. p. 203.

pois o Estado não apenas tem a obrigação de atingir seus fins próprios, mas também, tem a obrigação de proteger ao máximo os direitos dos particulares, e isso, nas palavras do autor, só é possível se ele adotar o meio menos restritivo²⁰⁰. Trata-se, portanto, do dever de escolher o meio mais suave²⁰¹. Em um concurso público, por exemplo, para o preenchimento de cargos no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, é possível excluir da disputa por cargos que exigem destreza física os candidatos portadores de deficiência motora. Porém, se a restrição for estendida a todos os cargos daquele órgão, inclusive os de natureza burocrática, será nula por ter ido além do estritamente necessário²⁰².

Finalmente, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, o meio deve proporcionar vantagens superiores às desvantagens, pois o Estado, tendo obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promovê-los em conjunto²⁰³. À guisa de exemplo, se determinado museu, visando assegurar mais silêncio e tranquilidade aos seus visitantes adultos, proíbe a entrada de menores de quatorze anos, estará se utilizando de medida que traz um prejuízo à formação cultural e humanística dos jovens interessados em visitá-lo, que por certo é superior ao desejo dos demais frequentadores de não conviverem com o burburinho infantil ou adolescente²⁰⁴.

No bojo da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação aparece como uma técnica de decisão própria de casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção (utilizada, regra geral, quando da aplicação de regras) não seria adequada. É justamente nesses casos que diversas premissas maiores, igualmente válidas e de mesma hierarquia, se consideradas individualmente, trazem soluções diversas e muitas vezes contraditórias²⁰⁵. Sem embargo, Paulo Bonavides afirma que a vinculação da ponderação ao Direito Constitucional

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004. p. 373.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 406.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004. p. 373.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

²⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A norma interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

ocorre por via dos direitos fundamentais, pois é aí que ganham extrema importância e auferem um prestígio e difusão alargados²⁰⁶.

Assim, o caráter normativo dos princípios implica a criação de regras de colisão, pois a sua aplicação depende de ponderação. Se existem dois princípios em relação de tensão, a solução escolhida deve ser aquela que melhor realize ambos. Isso, conforme Robert Alexy, só será possível se a solução adotada for *adequada e necessária e proporcional* à realização do fim perseguido. Dessa forma, as possibilidades fáticas de realização dos princípios também implicam o dever de adequação e de necessidade²⁰⁷. O autor defende que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade. A natureza dos princípios implica a proporcionalidade, e essa implica aquela, numa verdadeira relação circular. Isso quer dizer que a proporcionalidade, em sua estrutura tridimensional decorre logicamente dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é deduzível dessa natureza^{208,209}.

Robert Alexy defende que quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio vem a colidir com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma fica dependente do princípio antagônico. Portanto, para que se chegue a uma decisão é necessário um sopesamento, de acordo com a lei de colisão. Parte-se, assim, da premissa de que princípios válidos devem ser obrigatoriamente aplicados no caso concreto²¹⁰.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 404.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 159.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 116-118.

²⁰⁹ Autores, há, porém, que defendem uma desvinculação da ponderação do âmbito do conflito entre princípios. Para Ana Paula Barcelos, “gradativamente, porém, a ponderação tem se destacado como figura principal, e não só coadjuvante dos princípios. Já é possível identificá-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma que, aliás, vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o conflito de princípios. É possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que é tem entendido por ponderação para [...] decidir [inclusive] o confronto entre regras”. Em outra passagem, ao tratar dos critérios para solucionar casos de colisão entre princípios e regras, a autora afirma que “as regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas”. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A norma interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 56. Humberto Ávila defende que “não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso”. Assim, “a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento [...], enquanto sopesamento de razões e [contrarrazões] que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso dos dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida por automática” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52. O autor traz alguns exemplos que fundamentam tal afirmação nas páginas 44 a 50.

²¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 117.

Tal posição, conforme as lições de Ana Paula de Barcelos, é descrita por vários autores como forma de aplicação dos princípios. Por meio da ponderação se vai sopesar a extensão de aplicação possível de cada princípio, considerando as possibilidades jurídicas - como outros princípios ou até regras - e físicas existentes²¹¹.

Deve-se indicar, por outro lado, que em sede de doutrina, os autores possuem opiniões das mais diversas acerca da classificação da proporcionalidade. Virgílio Afonso da Silva classifica-a como regra, pois não identifica nela as características próprias das normas principiológicas²¹². Para Inocêncio Mártires Coelho, a proporcionalidade é um princípio de interpretação²¹³, para André Ramos Tavares um critério²¹⁴, e para Fábio Ulhoa Coelho é um imperativo²¹⁵.

Parece mesmo não haver um fundamento positivo para a proporcionalidade como princípio, a partir do texto constitucional brasileiro e por meio da dedução dos direitos ou dos princípios fundamentais. A proporcionalidade é tida como um dever resultante de uma implicação lógica do caráter principal das normas²¹⁶.

²¹¹ BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24-25.

²¹² Conforme as palavras do autor, “[é] necessário que se esclareça o porquê de chamar a proporcionalidade, que quase sempre é denominada ‘princípio da proporcionalidade’, de regra da proporcionalidade. [O] conceito de princípio que aqui se adota não tem relação com a importância da norma a que tal denominação se aplica. Princípio, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade [...] não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 167-168.

²¹³ Nas palavras do autor, “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos - muito embora possa aplicar-se, também para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico” COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120-121.

²¹⁴ Conforme o autor, “o critério da proporcionalidade, como resultado da construção alemã, é considerado uma norma constitucional não escrita derivada do Estado Democrático de Direito. Nele se visualiza a função de ser imprescindível à racionalidade do Estado Democrático de Direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade” TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 708.

²¹⁵ “Chamo a proporcionalidade de *imperativo*. Exatamente por não poder haver, no Estado Democrático de Direito, nenhuma hipótese de aplicação de qualquer norma jurídica de modo *desproporcional* (assim como não pode haver a aplicação *indigna, injusta* ou *insegura*), esta expressão parece-me mais significativa da categoria referencial a que a proporcionalidade pertence COELHO, Fábio Ulhoa. Imperativo da proporcionalidade no processo administrativo sancionador no âmbito do CADE. In: YARSHEL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 198.

²¹⁶ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 160.

Quando inicia as tratativas acerca de uma diferenciação entre princípios e regras, Humberto Ávila deixa claro que a sua concepção do Direito toma-o como um conjunto composto por normas (princípios e regras) cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos (unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição, entre outros), critérios normativos (superioridade, cronologia e especialidade) e valores. Princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que estes não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Princípios têm caráter deontológico, e os valores axiológico. Princípios jurídicos não se confundem com o mero estabelecimento de fins, pois os fins apenas indicam um estado almejado, sem que se estabeleça um dever. *O estabelecimento de fins por meio de prescrições normativas constitui um princípio*. Contudo, princípios também não são axiomas, pois estes denotam uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário provar-se aqueles²¹⁷.

Para Humberto Ávila, princípios também não são postulados, pois estes, no sentido Kantiano, significam uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de modo que ele não pode ser apreendido sem que essa condição seja preenchida no próprio processo de conhecimento. Postulados podem ser normativos e ético-políticos. Postulados normativos são condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Por isso, eles não apresentam argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como, a partir da implementação de determinadas condições, pode ser obtido o conhecimento do Direito²¹⁸.

Em texto publicado no século XX, o supracitado autor definiu os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com um grau menor de determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem de forma mais intensa da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. Define as regras, por sua vez, como normas mediamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com um grau maior de determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem de forma menos intensa da sua relação com

²¹⁷ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 164-165.

²¹⁸ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 165.

outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta humana²¹⁹.

Posteriormente, em sua “teoria dos princípios”, o autor anota que as regras são normas imediatamente descritivas, primeiramente retrospectivas e que possuem a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência diretamente centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos²²⁰.

Já os princípios são descritos como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²²¹.

Pode-se perceber, portanto, que também com base em tais fundamentos, é possível refutar a caracterização da proporcionalidade como um princípio ou norma-princípio, pois sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, e a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação, que independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático, não sofrendo modificação no entrechoque com outros princípios. A proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios. Proporcionalidade também não é uma regra jurídica, pois não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que a proporcionalidade estabelece, que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado caso concreto submetido a um dado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade, portanto, consiste num postulado normativo aplicativo²²².

As exigências decorrentes da proporcionalidade vertem sobre outras normas, não para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente a sua aplicação. Sempre há uma outra

²¹⁹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 167.

²²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídico*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 102.

²²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídico*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 102.

²²² ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 169-170.

norma por trás da aplicação da proporcionalidade. Por tal motivo deve ser tratada como postulado, e como estrutura a aplicação de outras normas, com elas não se confunde. Assim, é oportuno fazer referência a proporcionalidade com uma nomenclatura distinta, ou seja, não como regra ou princípio, mas como postulado, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras²²³.

Percebe-se, inclusive, que o próprio Robert Alexy exclui a proporcionalidade do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípio, não é concretizado em graus ou aplicado mediante a criação de regras de prevalência diante do caso concreto²²⁴.

Os postulados, nessa senda, são descritos como condições essenciais sem as quais um determinado objeto não pode ser interpretado. Há os postulados hermenêuticos, que se destinam a compreensão geral do Direito, e os postulados aplicativos. Postulados normativos aplicativos qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, ou seja, são metanormas, ou normas de segundo grau. Sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. O âmbito de funcionamento dos postulados é diferente daquele onde operam os princípios e as regras. Princípios e regras são normas objeto da aplicação, implicam-se reciprocamente, postulados são normas que orientam a aplicação de outras, sem uma relação de conflituosidade necessária com outras normas, não descrevem comportamentos, não reservam poder, não instituem procedimento, nem estabelecem definições - o que os distingue das regras. Por outro lado, não estabelecem um dever-ser ideal e nem possuem um peso móvel e circunstancial - o que os distingue dos princípios. Enfim, são normas de segundo grau, diferenciando-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Como dito, enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou mesmo condutas necessárias, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras

²²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídico*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 180.

²²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 116 e ss.

normas²²⁵. Assim, a proporcionalidade é um postulado que informa a atuação constante de todos que de alguma forma têm contato com a equação do Direito²²⁶.

Porém, como contraponto à concepção de princípio formulada por Robert Alexy, Leonardo Martins afirma que a transposição do conceito de princípio que Alexy efetuou, não se deu de forma tão ingênua como defendida por alguns. Pelo contrário. O autor afirma que a teoria normativa de Alexy impressiona a princípio, por apresentar uma estrutura complexa. Levanta como ponto problemático, a transformação da ponderação de interesses enquanto método de aplicação normativa, que poderia ser utilizada somente de forma extraordinária, especialmente no caso de norma jurídica expressamente o permitir, em método de interpretação e aplicação do direito objetivo por excelência. Aponta que a ponderação em certo modo, carece de racionalidade jurídica ou de fundamento jurídico-dogmático²²⁷.

De qualquer forma, parece-nos que umas das críticas mais pontuais – visto que bastante reproduzida pela doutrina²²⁸ – é a que foi elaborada por Ralf Poscher, que trata acerca do conceito de princípio como mandado de otimização, visto que estes não são, regra geral, um mandado, uma norma, senão um conjunto de fatos empíricos, ou seja, tratam do aperfeiçoamento de circunstâncias fáticas empíricas, não do aperfeiçoamento de normas. Por outro lado, como qualquer fenômeno pode ser descrito teórico-principiologicamente, poderia também sê-lo, o fenômeno da jurisprudência constitucional, visto que qualquer que seja a decisão pois poderá ser descrita como uma compensação ou harmonização entre princípios colidentes no caso concreto. A totalidade dos aspectos relevantes a uma decisão judicial podem ser absorvidos como princípios pela teoria principiológica²²⁹.

²²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídico*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 163-179. Vale indicar a metáfora trazida pelo autor, na página 181 da citada obra, para defender que a proporcionalidade não pode ser definida como princípio: “quem define a proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa!”.

²²⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O postulado da razoabilidade e o direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, vol. 101, 2006. p. 231.

²²⁷ MARTINS, Leonardo. Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008. p. 327-350.

²²⁸ Não se pode deixar de considerar aquelas críticas apresentadas pelo próprio Robert Alexy no posfácio da sua obra “Teoria da argumentação jurídica”, considerando que esta serve de premissa para o seu pensamento com relação a sua teorização sobre os princípios. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 295-315.

²²⁹ POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: LOPES, José Reinaldo de Lima; MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coords.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Versão eletrônica sem paginação.

Lenio Luiz Streck critica (entre diversos outros aspectos acerca das teorias de Robert Alexy) a recepção que a doutrina brasileira efetuou no que tange às teorias da argumentação e da teorização da ponderação em Alexy. Em primeiro lugar afirma que não se considerou as distinções entre as realidades do Brasil e da Alemanha. Aqui a questão da Constituição como uma ordem de valores foi subsumida à teoria do autor. Streck indica que na maior parte das vezes, os autores brasileiros não percebem que a ponderação não leva em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso, ou seja, a tese da ponderação não leva em conta uma escolha direta. Em outro ponto, afirma que o calcanhar de Aquiles das teorias argumentativas reside no deslocamento da hierarquização ponderativa em relação à subjetividade do intérprete, onde têm-se o retorno ao problema tão criticado da discricionariedade²³⁰.

Marcelo Neves, por sua vez, propõe uma teoria dos princípios a ser analisada do ponto de vista da teoria constitucional brasileira. Utiliza, para tanto, uma metáfora. Lembra o autor, que Ronald Dworkin concebe que o juiz Hércules é aquele capaz de decidir corretamente a partir dos princípios. Dessa forma, a ideia do Hércules está estreitamente ligada aos princípios. O autor inverte a ideia a partir do mito de Hidra. Para ele, os princípios tem o caráter de Hidra e as regras tem o de Hércules, pois os princípios ampliam as possibilidades argumentativas, e as regras diminuem, por sua vez, pelo reduzido grau de flexibilidade. Segue colocando a questão dos princípios e regras no âmbito normativo, entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente), atento ao problema da ambiguidade (conotação) e vagueza (denotação) do texto normativo, chegando a conclusão que a norma é construída no caso concreto, entretanto com a ressalva de que o Judiciário não pode criar livremente tal norma, considerando há limites que devem ser observados. O processo de aplicação, portanto, parte de uma dupla contingência entre o legislador e o juiz²³¹.

Os princípios, ainda tratando da visão defendida por Marcelo Neves, servem não como razão definitiva para uma norma de decisão, mas para contribuir para o balizamento hermenêutico de outras normas, pois sua estrutura normativa é dotada de flexibilidade entre o antecedente e o conseqüente, implicando uma causalidade incompleta²³².

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79 e 261.

²³¹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. XVIII-XX.

²³² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 94-124.

A concepção de Josef Esser, por seu turno, ainda que ocorrida em momento anterior, condiciona “a validade e a força vinculante de um princípio moral à sua introdução no direito positivo”²³³. Caracteriza os princípios e as regras, alegando que é um equívoco buscar a distinção no âmbito da generalidade e não no da qualidade²³⁴. O critério distintivo dos princípios, segundo o autor, está na função de fundamento normativo para a tomada de decisão presente nestes²³⁵.

Por outro lado, Humberto Ávila aponta que Wollf-Bachof e Forsthoff seguem um critério baseado no fundamento de validade, onde os princípios seriam diferentes das regras por serem dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da ideia de Direito ou do princípio da justiça, funcionando como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação²³⁶.

Na esteira dessa doutrina, Karl Larenz, inicialmente, define os princípios como normas jurídicas sem uma hipótese e uma consequência determinadas, mas apenas uma ideia jurídica geral que direciona o processo normativo de concretização. Para o autor, os princípios jurídicos não possuem caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de fato, igualmente de caráter muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados. Tal concretização pode se dar em diferentes graus. No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas apenas uma ideia jurídica geral que deve ser concretizada ulteriormente. Ou seja, há princípios jurídicos que possuem o caráter de ideias jurídicas diretivas, que necessitam de concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais. Porém, por outro lado, há princípios que condensam-se numa regra imediatamente aplicável, não funcionando apenas como *ratio legis*, denominando-os como princípios com forma de

²³³ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 132. Nota de rodapé 268.

²³⁴ FELLETT, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão eletrônica sem paginação.

²³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 35.

²³⁶ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 155.

proposição jurídica. Afirma, assim, a existência de duas espécies dos princípios abertos e dos princípios com forma de proposição jurídica²³⁷.

Para Claus-Wilhelm Canaris há uma passagem bastante fluida entre valor e princípio, afirmando que o princípio está num grau de concretização maior que o valor, pois o primeiro já está no âmbito da bipartição normativa, característica da proposição jurídica, existente entre previsão e consequência jurídica. O princípio, portanto, ocupa o ponto intermédio entre o valor, de um lado, e o conceito, por outro, excedendo aquele por estar já suficientemente determinado para compreender indicação sobre as consequências jurídicas e ultrapassando este por ainda não estar suficientemente determinado para conter a valoração²³⁸.

2.3.2 Cláusulas gerais

Outro ponto também merece apreciação no presente estudo. Trata-se da questão atinente às cláusulas gerais, no que concerne ao seu conceito e sua relação com os princípios e regras, a fim de que também sejam observados pelo ponto de vista da teoria do fato jurídico.

Analisando as mudanças havidas na codificação civil brasileira com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, Rodrigo Reis Mazzei afirma que o Código Civil brasileiro de 1916 recebeu grande influência Código Civil francês, que optou por regras bem fechadas, com pouca liberdade para o julgador, visto o temor que havia por parte da burguesia quanto à perda dos direitos que alcançara com a Revolução Francesa, considerando, principalmente, o receio de que o Judiciário voltasse a ser instrumento para a prevalência da vontade dos nobres²³⁹.

Arruda Alvim, portanto, traz que a burguesia nutria profunda desconfiança para com os juízes, pois estes eram egressos da antiga nobreza. Os burgueses conseguiram dominar por

²³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 674-683; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999. p. 155.

²³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 86-87.

²³⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 25.

meio do instrumento da lei, criando a noção de que ela, num primeiro momento, não podia ser interpretada, para posteriormente afirmar que a interpretação deveria ser apenas a literal²⁴⁰.

Tal forma de pensar, conforme a lição de Judith Martins-Costa, traz a perspectiva de que o juiz era a boca da lei, não por produzir, como um ventríloquo, a fala do legislador, conforme a preferência da Escola de Exegese, mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa, fazendo-a audível em todo o seu múltiplo e variável alcance²⁴¹.

O modelo de outrora, portanto, não foi seguido pela sociedade brasileira, visto que o individualismo exacerbado cedeu à nova ordem social, pelo temor que um sistema fechado impossibilitasse a absorção dos avanços sociais²⁴².

Pontes de Miranda aponta que “longe se vai o tempo em que se repetia a cada momento, fechando-se portas à pesquisa do conteúdo das regras jurídicas, o aforismo ‘*in claris non fit interpretatio*’”²⁴³. Aponta que a interpretação e aplicação do direito, ou, de forma mais ampla, a solução das controvérsias jurídicas pode se dar: (I) *secundum legem*, vinculada ao texto da lei, ou ao que dela imediatamente resulta, em aderência à literalidade. Porém, entende que a própria letra da lei possui mais de uma significação, ocasião em que dois ou mais juízes podem acreditar que estão decidindo *secundum legem*. Tal forma de aplicação divide-se em aplicação da lei, mecanicamente, e aplicação auxiliante, ou seja, do que dela proximamente se tira, tratando-se, efetivamente, de exploração lógico-jurídica do texto legal. As palavras claras podem não estar empregadas no sentido que é o da lei; (II) *praeter legem*, onde o juiz decide sem a lei, porém próximo a ela. Aqui, parte da premissa de que a lei não é todo o conteúdo efetivo da ciência jurídica ou do sistema jurídico, tal como um documento não constitui o conteúdo efetivo da história. Afirma que leis escritas são traços exteriores, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo, de modo que a aplicação *praeter legem* resulta de atividade do juiz fora do conteúdo imediato da disposição

²⁴⁰ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 815, 2003. p. 11-31.

²⁴¹ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 753, 1998. p. 24-48.

²⁴² MAZZEI, Rodrigo Reis. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 25.

²⁴³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

literal, porém não contra ela; (III) *contra legem*, onde há decisão contra a letra da lei²⁴⁴. Nesse contexto, aponta que:

o princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, porém, não sempre. Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá deve estar – ‘direito’ – já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a ‘letra’ legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e – como a lei e a jurisdição servem à sociedade – absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, se coincidisse com o papel escrito²⁴⁵.

Fredie Didier Jr. aponta que uma das principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo é a transformação da hermenêutica jurídica, onde, nas palavras do autor, a função jurisdicional é encarada como essencial ao desenvolvimento do direito, por meio da estipulação da norma jurídica do caso concreto, e da norma geral que deve ser aplicada a casos semelhantes²⁴⁶. Assevera, que nesse contexto, extrai-se a técnica das cláusulas gerais a demandarem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo, que conceitua como “espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”, chegando a apontar que há uma indeterminação legislativa em ambos os lados da estrutura normativa²⁴⁷.

Para Rodrigo Reis Mazzei, o Código Civil de 2002, no intuito de propiciar a aplicação da lei por um período mais duradouro, recorreu ao uso de cláusulas gerais, conceituadas pelo autor como normas lançadas em forma de diretrizes, dirigidas ao Estado-juiz, que deverá, conforme o que foi previamente traçado pelo legislador, dar a solução mais acertada ao caso trazido a juízo, observando para a concretização da atuação judicial não apenas o critério objetivo, mas as situações particulares que envolvem cada caso. Isso não quer dizer, todavia, que o sistema abriu mão do conceitualismo, mas, que há uma busca pelo balanceamento entre

²⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 320-323.

²⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 323-324.

²⁴⁶ Para o autor, “a criatividade jurisdicional revela-se em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhante àquele (que se extrai da fundamentação da decisão)” DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 163.

²⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 187, 2010. p. 69-83.

dispositivos legais fechados (casuísticos²⁴⁸) e hipóteses legais para preenchimento (cláusula geral), para que se evite o fechamento do sistema, assim como a diminuição da incerteza que pode ser gerada por um diploma que contenha apenas cláusulas gerais ²⁴⁹.

Para José Carlos Barbosa Moreira, por seu turno, a fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abrem ao aplicador da norma certa margem de liberdade, certa subjetividade. Adverte, outrossim, que não se deve confundir tal fenômeno com a discricionariedade. Um e outro tem em comum a necessidade da prudência por parte do aplicador, no entanto, a diferença fundamental reside em que os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa no campo dos efeitos²⁵⁰.

Judith Martins-Costa, ainda aponta dois critérios para a aplicação das cláusulas gerais. O primeiro, está na adstrição ao direcionamento da delegação atribuída pelo legislador ao intérprete para que complete o enunciado, detalhando a hipótese normativa e desenvolvendo soluções jurídicas para os casos. No segundo critério, as pautas de valoração estão indicadas em outras disposições legais que fazem parte do sistema, ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera²⁵¹.

Conforme a lição de Pontes de Miranda, as regras extralegis (no sentido de normas não escritas nos textos), também são direito, ao passo que aquelas regras (normas) em que a interpretação fez dizer algo diferente, ou substituiu, ou lhe decretou inconstitucionalidade ou ilegalidade, não são direito. A letra da lei pode ser clara, mas obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar²⁵².

²⁴⁸ Para Judith Martins-Costa, “nas regras casuísticas, há uma prevalência do *elemento descritivo*, ocorrendo, por isso, uma *tipificação de condutas* no próprio texto legal. Relativamente a tais dispositivos, haverá, é óbvio, a necessidade de interpretação, a que estão sujeitos todos os textos normativos, pois toda linguagem enseja o trabalho do intérprete. Mas este encontrará no texto a ser interpretado um detalhamento dos elementos a serem considerados, tendo ocorrido uma espécie de *prefiguração*, pelo legislador, do *comportamento marcante*, a ser levado em conta, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade” (grifos do original) COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 144-145.

²⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 29.

²⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 65-66.

²⁵¹ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 173.

²⁵² MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 324.

Nesse caso, entendemos que a seguinte forma de pensar encaixasse, perfeitamente, também, no âmbito das cláusulas gerais: “A lei é roteiro, itinerário, guia”²⁵³.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tratando sobre a influência da Constituição no âmbito processual como forma de domesticação do arbítrio estatal dentro do processo, considerando que em plano superior a Constituição visa a solucionar os difíceis e agudos problemas de relacionamento entre a ordem legal, justiça e liberdade, afirma que o direito processual não pode ser visto de forma isolada, mas, em conjunto com as ideias e concepções predominantes em determinada sociedade. Dessa forma, reconhece os direitos fundamentais como *máximas processuais*, direta ou indiretamente determinadores de conformação no processo²⁵⁴.

José Alfredo de Oliveira Baracho, trata sobre esse relacionamento entre o processo e a organização do poder, quando observa que a doutrina do constitucionalismo integra-se com o processo, materializando as normas capazes de impedir a concentração de poder, limitando suas manifestações decisórias, por meio de organismos competentes²⁵⁵.

As *máximas processuais* no Brasil, evidenciam a visão essencialmente comprometida do constituinte de 1988 com o estabelecimento de inúmeros direitos fundamentais processuais, a fim de evitar, ou ao menos minimizar, o autoritarismo dentro do processo. Tal linha de evolução, todavia, conforme a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não se operou de modo uniforme nos países ocidentais, considerando que o Tribunal Constitucional Federal alemão aplica de forma muito mais intensa os princípios e os direitos fundamentais do que os tribunais franceses ou italianos. Aduz que na Suíça, de forma geral, o direito escrito e regulamentado cada vez mais é substituído pelo *case law*, assim como no direito no direito anglo-saxão, fato a determinar que as normas passem a ser compreendidas como pura e simples sinalização para a necessária concretização judicial. O elastecimento, advindo de norma com suporte fático abstrato, bastante complexo, com extrema vagueza, portanto, é algo que tem a sua contrapartida, e o poder daí decorrente pode se revelar extremamente perigoso se não for exercido de forma rigorosa e democrática e com a observância dos direitos fundamentais processuais. O autor traz o exemplo histórico da experiência dos regimes políticos totalitários, em que foi extrapolada a aplicação dos princípios, entendidos como

²⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 324.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-132.

²⁵⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 363.

normas de conteúdo aberto, que outorgavam ao detentor do poder e à camada política dirigente a possibilidade de concretização arbitrária, embora a aparência fosse de legalidade por conta da sua origem²⁵⁶.

2.3.3 Normas de estrutura

Nos dias atuais, há um crescente interesse por parte da hermenêutica jurídica em saber qual é o papel da interpretação, ao invés de buscar um método presumivelmente capaz de possibilitar uma interpretação como correta. A questão em torno da existência de limites para a atuação do Poder Judiciário como intérprete do direito, torna-se problemática e atual. Nos séculos XIX e XX, polemizou-se sobre o modelo hermenêutico a ser seguido pelo intérprete do direito na busca do sentido da norma²⁵⁷.

O jusnaturalismo cunhou para o direito, o conceito de sistema, que se resumia na noção de um conjunto de elementos ligados entre si pelas regras de dedução. No campo jurídico falava-se em sistema de normas racionais, entendendo-se com isso a unidade das normas a partir de princípios dos quais elas eram deduzidas. Interpretar o direito, nesse sentido, significa a inserção da norma na totalidade do sistema. No âmbito jurídico, a questão da unidade se torna um problema de sentido da ordem normativa. Sobre o fundamento dessa ordem, Savigny, numa fase do seu pensamento anterior a 1814, afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei diz. O verbo dizer, no caso, denota o fato de que ele estava preocupado com o texto da lei. A questão técnica da interpretação era, portanto, como determinar o sentido textual da lei. Daí vem a elaboração de quatro técnicas: (I) a interpretação gramatical, que preocupa-se com o sentido literal da lei; (II) a interpretação lógica, que trata sobre o sentido proposicional; (III) a sistemática, que está no âmbito do sentido global; (IV) e a interpretação histórica, que visava atingir o sentido genético. Após 1814, aponta-se na obra de Savigny, que a questão toma outro rumo, e o problema da constituição da Ciência do Direito, por meio do modelo hermenêutico deixa de ser a mera enumeração de técnicas interpretativas, para passar a referir-se ao estabelecimento de uma

²⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132-133.

²⁵⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, vol. 46, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194909>. Acessado em 02/12/2018.

teoria da interpretação. Surge, assim, a questão de se procurar um critério para a interpretação autêntica. Ou seja, parte-se da questão acerca do paradigma para se reconhecer que uma interpretação do texto da lei é autêntica, a envolver a possibilidade de um sentido último e determinante. Nesse ponto, a doutrina dividiu-se em dois grupos, conforme fosse a vontade do legislador (teoria subjetivista) ou a vontade da lei (teoria objetivista) a sede do sentido da norma. A polêmica não é de fácil resolução. Levando ao extremo, pode-se dizer que o subjetivismo favorece um autoritarismo, ao privilegiar a figura do legislador, pondo em relevo a sua vontade. Por outro lado, o objetivismo também levado ao extremo favorece certo anarquismo, ao estabelecer o predomínio de uma equidade duvidosa do intérprete sobre a própria norma ou pelo menos, ao deslocar a responsabilidade do legislador na elaboração do direito do intérprete sobre a própria norma, ou ao menos, ao deslocar a responsabilidade do legislador na elaboração do direito para o intérprete, chegando-se a afirmar, como fazem os realistas americanos, que direito é aquilo que decidem os tribunais²⁵⁸.

A questão, conforme a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., revela um dos pressupostos básicos da hermenêutica jurídica, pois se interpretar é compreender outra interpretação (aquela fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos, quais sejam, o que dá sentido à norma e o que tenta captá-lo. Portanto, para que possa haver interpretação jurídica é preciso que ao menos um ato doador de sentido seja fixado²⁵⁹.

Com a guinada linguística, na atualidade, passou-se a questionar de forma mais pontual a própria natureza do ato interpretativo. Cuida-se, nesse caso, de saber se a interpretação seria um ato de descoberta de um sentido prévio ou de construção de sentido²⁶⁰.

Norberto Bobbio classificava as normas jurídicas em diversas espécies, entre elas, as normas de conduta e as normas de estrutura. Para o autor as normas de estrutura regulamentam a produção de outras normas²⁶¹.

Ele toma como exemplo um ordenamento estatal moderno. Afirma que em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta de pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras

²⁵⁸ FERRAZ, JR., Tércio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 84-86.

²⁵⁹ FERRAZ, JR., Tércio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

²⁶⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, vol. 46, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194909>. Acessado em 02/12/2018.

²⁶¹ FERREIRA JR., Rubens. Taxa de utilização da marinha mercante: análise crítica e aspectos controvertidos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 970, 2016. p. 299-334.

normas. Começa, portanto, pela Constituição. Assim, afirma que uma Constituição como a italiana, há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as que dizem respeito aos direitos de liberdade; porém, existem outras normas que regulam o processo através do qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo e, portanto, não estabelecem nada a respeito de pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas. Nesse caso, quanto às leis ordinárias, também elas não são todas diretamente dirigidas aos cidadãos. Muitas, como as leis penais e grande parte das leis de processo, têm a finalidade de oferecer aos juízes instruções sobre o modo através do qual eles devem produzir as normas individuais e concretas que são as sentenças. Não são normas de condutas, porém, normas para a produção de outras normas. É, justamente, a presença e frequência dessas normas que constituem a complexidade do ordenamento jurídico. O autor afirma que somente o estudo do ordenamento jurídico nos faz entender a natureza da importância dessas normas. Do ponto de vista formal, porém, a teoria da norma jurídica havia parado na consideração das normas como imperativos, entendendo por imperativo a ordem de fazer ou não fazer. Arremata defendendo que se levarmos em consideração também as normas para a produção de outras normas, devemos colocar, ao lado as imperativas, entendidas como comandos de fazer ou de não fazer, e que poderemos chamar de imperativas de primeira instância, as imperativas de segunda instância, entendidas como comandos de comandar²⁶².

2.3.4 Estrutura e aplicação da norma jurídica: conclusões parciais

Assim, considerando as características da norma jurídica apontadas por Marcos Bernardes de Mello, têm-se em consideração que tanto os princípios quanto as regras, em termo de estrutura, possuem, “necessariamente, como toda e qualquer norma jurídica, um suporte fático, mesmo que descrito com extrema indeterminação e vagueza, muitas vezes mencionando apenas um conceito aberto”²⁶³ e um preceito, ainda que implícito. A dificuldade em se delinear o suporte fático, tendo em vista vagueza do texto normativo que o descreve,

²⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 55 e ss.

²⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

não o torna inexistente, mas apenas complexa a sua indeterminação²⁶⁴. Dessa forma, na aplicação das normas formuladas com indeterminação, o aplicador do direito (juiz ou autoridade administrativa), quando deva decidir sobre uma determinada situação concreta terá de identificar se aquela conjuntura fática que lhe é apresentada constitui, ou não, uma espécie classificável naquele indeterminado conceito previsto na norma. Se ao desenvolver esta análise da situação fática apresentada o intérprete concluir que ali está configurada uma espécie enquadrável no conceito da norma, constata, portanto, que houve sua incidência e deve aplicá-la. Porém, caso entenda que não se trata de um fato que nele se inclui, não pode aplicar a norma, visto que não houve a incidência²⁶⁵.

Deve-se ainda pontuar que conforme a lição de Judith Martins-Costa, no que tange aos princípios jurídicos e às cláusulas gerais, a distinção entre ambos eles não se dá pela estrutura, pela linguagem ou pela finalidade ou modo de raciocínio que ensejam²⁶⁶.

É preciso dar suporte, por exemplo, aos direitos da personalidade, por meio de uma necessária mediação constitucional. É necessário, para tanto, a superação de uma eventual perspectiva meramente legalista, buscando outras fontes do direito, ou seja, trabalhando também com os princípios jurídicos. A leitura da Teoria do Fato Jurídico com a própria leitura e interpretação dos direitos da personalidade elencados no Código Civil brasileiro podem ser iluminados pelos princípios norteadores e limitadores da hermenêutica constitucional. Também haveria leitura ampliativa e constitucionalmente receptiva daquilo que Pontes de Miranda chamou de regra, atuando juntamente com o princípio, fazendo com que os fatos sociais ingressem, por esse caminho, no mundo jurídico, por meio do plano da existência, portal insuperável da Teoria do Fato Jurídico. Dessa forma, direitos, como os da personalidade, encontram guarida por meio de um impreterível diálogo com os fundamentos constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, pois os princípios constitucionais – em especial este último – podem servir de ponte que une a Teoria do Fato

²⁶⁴ Parece-nos que os projetos que visam a alteração do Código Comercial de 1850 tentam trazer, por via de lei, no mínimo para o ramo do Direito Comercial, uma solução que poderá auxiliar na aplicação das normas jurídicas, visando a segurança jurídica. O artigo 4º, parágrafo único, do Substituto ao Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013, prescreve que “nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra”. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7894416&disposition=inline#Emenda16>>. Acesso em 13/12/2018.

²⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

²⁶⁶ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 170.

Jurídico com os atuais direitos, na medida em que o surgimento destes, tornam necessária uma leitura de tal teoria sob o filtro constitucional, seja no sentido de ampliação ou mesmo na restrição da literalidade do texto legal embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, que atua como fio condutor e norteia toda a Constituição brasileira²⁶⁷.

A importância dessa forma de perceber a questão está ligada ao fato de que, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o problema central da Ciência do Direito está relacionado com a questão da decidibilidade de conflitos. A função da dogmática jurídica, portanto, é proporcionar condições para que determinada problemática social seja solucionável sem exceções perturbadoras²⁶⁸, ou seja, com o mínimo de perda de consistência jurídica, evitando um casuísmo anti-isonômico²⁶⁹.

Efetuar juízos pode caracterizar-se como a própria faculdade de escolha e de distinção, no que tange a operação intelectual de síntese²⁷⁰, considerando que alguém possui ou realiza juízos. O juízo consiste em uma predicação e se expressa em uma proposição. Não há juízos sem sujeitos e a língua é o instrumento dos juízos, no contexto em que o ordenamento é apenas o meio ou condição para decisões²⁷¹.

Conforme a lição de Kant, a faculdade do juízo de forma geral é a faculdade de pensar o particular como contido no universal. No caso da regra ou princípio ser dado, a faculdade do juízo, que nele subsume o particular, é determinante. Mas, se só o particular é dado, para o qual deve ser encontrado o universal, então a faculdade do juízo é simplesmente reflexiva²⁷².

O jurista, ao se deparar com um caso, faz um juízo determinante, porém, também participa de juízos reflexivos, ou seja, em que, dado o fato, procura o universal ao qual submetê-lo. Nas questões que envolvem um juízo jurídico, trata-se sempre de qualificar uma situação de fato. A operação funciona no sentido de qualificar um fato específico ou de criar tipos de fatos que serão qualificados no futuro. É da essência da regra que ela se refira a tipos,

²⁶⁷ KOSSMANN, Edson Luís; ENGELMANN, Wilson. *A teoria do fato jurídico e os direitos da personalidade: uma (re)leitura mediada pela Constituição*. Disponível em: < <http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/369/309>>. Acesso em 01/12/2018.

²⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 42-44.

²⁶⁹ ATAÍDE, JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Sobre o injustificável desprezo do princípio da legalidade e suas consequências no discurso decisório*. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-19-sobre-o-injustificavel-desprezo-do-principio-da-legalidade-e-suas-consequencias-no-discurso-decisorio>>. Acesso em 16/12/2018.

²⁷⁰ ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 50-51.

²⁷² KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Tradução de V. Rohden e A. Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 23.

ou seja, a aplicação de uma regra concreta é reconhecimento de que o fato específico é um fato dentro de uma classe, classe essa descrita em alguma regra. Na maioria das vezes, a dificuldade não está em saber a regra, mas saber se dado fato sujeita-se a uma regra e não a outra. A questão é a mesma se quer se trate de aplicar uma regra ou um princípio. Assim, dizer que um fato submete-se a um princípio significa dizer que se submete a uma espécie de norma e para submeter-se a uma espécie de norma é preciso tipificá-la²⁷³.

A operação de identificação e valoração dos fatos para referi-los à norma jurídica é comum a todo ato de aplicação do direito, da mais simples até a mais complexa norma jurídica, ou seja, não é uma peculiaridade das espécies em que há indeterminação da linguagem. Não se olvida que quanto mais acentuado o grau de indeterminação linguística da proposição normativa na descrição dos elementos constitutivos da norma jurídica, maiores dificuldades terá o intérprete para constatar se ocorreu a concreção do suporte fático e a incidência para só então, identificar o fato jurídico que foi criado, aplicando-lhe as consequências a ele referidas²⁷⁴.

A determinação do fatos, no sentido de que é necessário saber se eles aconteceram ou não, definindo-os, a fim de que se determine o sentido da norma, sua extensão e significado, também é uma preocupação na doutrina de Pontes de Miranda, que afirma que é preciso classificar o fato, para saber se é da classe dos fatos determinados pela norma, ou seja, saber se a norma incide nos fatos. Isso possui relevo porque quando o suporte fático suficiente ocorre, a regra jurídica incide. A incidência das normas jurídicas, como já indicado, deve dar-se em todos os casos que ela têm como tangíveis. Assim, as normas jurídicas são de conteúdo determinado, e não se admitiria deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não. Distinguem-se da arbitrariedade, visto que a aplicação mesma não pode ser arbitrária, tendo em vista que uma das funções da norma jurídica é a de justamente diminuir o arbítrio²⁷⁵.

A aplicação da norma pode causar problemas que, conforme a lição de Pontes de Miranda, decorrem da interpretação inesperada ou de classificação inadequada do fato. O autor explica que a causação prevista pelo mundo jurídico é infalível. Enquanto a norma jurídica existe, é impossível obstar-se a realização das suas consequências. A sua aplicação

²⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 51.

²⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 139.

²⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 4. Versão eletrônica sem paginação.

injusta, ou porque se não haja aplicado a mesma com a interpretação que se esperava, ou porque não se tenha bem classificado o suporte fático, não desfaz o citado determinismo, pois este é resultado da necessidade prática de se resolverem os litígios, ou as dúvidas, ainda que falivelmente, ou seja, da necessidade de se julgarem os desatendimentos à incidência. A causalidade, no jurídico, prende-se à própria estrutura do pensamento humano e à descoberta de poder adotar, para os fatos, normas que incidam, pois as normas jurídicas foram concebidas para esse processo social de adaptação que é o direito²⁷⁶. Os enunciados de leis causais de cunho descritivo são verdadeiros ou falsos, ou seja, são empiricamente verificáveis. Os enunciados prescritivos, que se colocam sobre o direito positivo, pautando como ele deve ser, são válidos ou inválidos. A norma jurídica positiva não se realiza socialmente sem determinar relações, relações entre condutas, entre fatos do mundo social e do mundo natural que sejam socialmente relevantes. Juridicamente relevante é o fato do mundo (seja natural ou social) que se torna suporte fático descrito na norma apta a incidir, que produzirá efeitos, que não os teria sem a norma²⁷⁷.

Tanto as regras quanto os princípios, para serem aplicados, dependem de do que Karl English chama de construção da premissa menor. Tal premissa é aparentemente apenas a descrição de um fato, onde a premissa maior é a norma. O autor, porém, destaca que a premissa menor nunca é dada ao jurista pura e simplesmente. Ela deve ser construída e para tanto serve, por exemplo, o processo judicial. Quando diz-se que A inadimpliu uma obrigação em relação a B, diz-se que A inadimpliu a obrigação com relação a B no sentido que interessa à norma. Dessa forma, pode ser que realmente tenha existido o inadimplemento, porém, havido a incidência da prescrição no referido caso²⁷⁸. Neil MacCormick aponta o mesmo problema ao indicar que o juízo jurídico lida com fatos primários e secundários, e que há problemas de fatos primários no que diz respeito à reconstrução de eventos²⁷⁹.

Tanto os princípios quanto as regras enfrentam problemas com a classificação ou interpretação, visto que há regras mais específicas e menos específicas, mas sempre será necessário que se realize um juízo de classificação ou de pertinência do caso à classe. Ou seja,

²⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 6. Versão eletrônica sem paginação; LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 54.

²⁷⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 25.

²⁷⁸ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 65 e ss.; LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 52.

²⁷⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University, 2003 p. 93.

tanto regras quanto princípios dependem também de determinações de sentido que não se podem dar senão em circunstâncias específicas. José Reinaldo de Lima Lopes afirma que tanto regras quanto princípios sofrem um processo de tensão no âmbito normativo, considerando, principalmente, o caso das normas jurídicas de caráter genérico, entre as normas e os fatos específicos, e isso faz com que o autor chegue a afirmar que o sentido das regras se define ao longo de sua aplicação. Ainda conforme as suas palavras, o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para a aplicação das regras²⁸⁰.

Neil MacCormick afirma que princípios não são essencialmente diferentes das regras, tendo em vista que o uso da analogia faz-se presente sempre nos juízos sobre fatos ou indivíduos, já que a analogia no direito é usada para levar uma decisão em casos em que a regra não é expressamente aplicável. Nesse contexto os princípios seriam apenas regras mais gerais. Afirma que os princípios são utilizados, por exemplo, em casos em que há dúvida quanto ao significado da norma em dado contexto, pois a referência ao princípio pode ajudar a explicar como a norma pode ser entendida²⁸¹.

Adriano Soares da Costa cita a lição de Giovanni Tarello, no sentido de que interpretar seria o ato ou atividade atributiva de sentido ao texto positivo. Assim, toda interpretação teria sempre como produto uma significação prescritiva. A norma, como proposição prescritiva, nunca seria mencionada, mas usada efetivamente pelo próprio ato de interpretar, mesmo quando o intérprete imaginasse estar se referindo a algo que existiria antes da sua interpretação. Nesse contexto a norma não seria algo a ser conhecido, mas algo criado e recriado tantas vezes fosse interpretada, ou seja, a norma como norma somente existiria em uso, nunca em menção. Levando tal premissa ao extremo, a corrente que Adriano Soares da Costa denomina como relativismo cético, rejeita a existência de normas, vez que o pronunciamento decisório resolveria os casos concretos. Tal pronunciamento, por si só, ainda não seria aquilo que resolve a situação, visto que a solução seria o que se entendeu e se executou do plano fático, como acontecimento. A solução do caso, portanto, seria a execução do que fora decidido no modo como compreendido e aplicado por meio de atos materiais. Antes desses atos, apenas haveriam fatos acerca dos quais as partes discordariam. Depois, restariam os fatos resolvidos, feitos²⁸².

²⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 54.

²⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University, 2003 p. 152 e ss.

²⁸² COSTA, Adriano Soares da. *A descritividade da ciência do direito*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

Tal forma de pensar, conforme Adriano Soares da Costa, possui um cunho realista, considerando que o realismo jurídico, em todas as suas vertentes, limita o fenômeno jurídico ao ato da autoridade, considerando direito como aquilo que as autoridades dizem que é. Sendo assim, apenas seria direito aquilo que foi aplicado. Essa amputação do fenômeno jurídico, limitando-o ao mundo dos tribunais, acarreta um reducionismo injustificado, retirando do direito a sua função de adaptação social. Existe uma significação social no comportamento dos indivíduos. A significação é objetiva, e adjetiva os fatos como jurídicos pela causalidade da incidência normativa²⁸³.

Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que

Um dos motivos para o erro de somente considerarmos fenômenos jurídicos os revelados pela linguagem, pela aplicação da regra jurídica mediante a *iuris dictio* oral ou escrita, está na ignorância da integridade da vida psíquica e no vulgar verbalismo da lógica. Como se não se aplicam regras jurídicas, se juízes, funcionários, ou pelo menos, as próprias partes não as observam?

Se quiséssemos evitar a discussão, diríamos apenas: nos fatos. Realmente: a continuidade da vida doméstica, com todos os incidentes diários e as mínimas ações e omissões, é série imensa de fenômenos de direito, realizados em palavras e sem autoridade, - e se compararmos a soma de tais aplicações de normas com a imposição oficial de uma dezena de artigos de lei, com diminuta média de observância, à nossa perplexidade logo se imporá a seguinte proposição: há outro direito que se realiza na vida social e independe da ação e da coação²⁸⁴.

É por isso que Marcos Bernardes de Mello defende que o intérprete não tem o poder de criar norma jurídica, nem modificá-la, ou completá-la, muito menos de fazê-la incidir, salvo nos casos especiais permitidos pelo sistema. Cabe ao intérprete, apenas, identificar o conteúdo normativo constante da norma e constatar se os fatos acontecidos são com ele compatíveis, ou não. Se o são, a norma incidiu, se não o são, não houve incidência. Nos casos de conceitos abertos, em que há dificuldades quanto a determinação, a incidência não depende da conclusão a que chegar o aplicador sobre se aquele fato concreto é espécie do gênero descrito no texto normativo. Caso o intérprete chegue à conclusão positiva, evidentemente, não irá criar o fato, que é acontecimento no mundo, mas, por outro lado, apenas irá constatar a incidência que se deu desde o momento em que houve sua concreção no plano da realidade. Assim, a indeterminação do suporte fático não exclui a incidência²⁸⁵.

²⁸³ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55.

²⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo II. p. 122-123.

²⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 139-140.

É importante que também se traga a opinião de Adrualdo de Lima Catão, que observa as lições de Pontes de Miranda a partir do pragmatismo. O autor utiliza o caminho Wittgensteiniano para manter a noção de incidência, reduzindo seu caráter representacionista e enfatizando seu aspecto lógico-formal e acautelador. Assim, têm-se que a aproximação com tal pensamento serve para sustentar a distinção entre incidência e aplicação da norma como um critério gramatical dos jogos de linguagem do direito. Considerando a ideia de que os fatos sempre são relativos ao observador, aproxima tal concepção da teoria da relatividade de Einstein, tantas vezes referida por Pontes de Miranda. Essa postura é claramente conciliável com a multiplicidade da linguagem que pode sustentar a argumentação segundo a qual os fatos em Pontes de Miranda não precisam necessariamente levar a um essencialismo ontológico. Sendo o fato algo mutável e passível observações variadas, a depender do ponto de vista do observador, a verdade, em Pontes de Miranda, não precisa ser justificada como ligação metafísica entre linguagem e realidade. Portanto, o autor sustenta que a incidência não precisa ser considerada uma noção impeditiva da visualização do ambiente pragmático de utilização da linguagem, pois o fato em Pontes de Miranda não é mais do que relação social, e não pode ser abordado por uma única perspectiva, visto que são relações sociais, possuindo caráter eminentemente intersubjetivo²⁸⁶.

Nesse aspecto, conforme a lição de Pontes de Miranda:

Visto a certa luz, pode ser essencial o atributo; visto de outra, inessencial: assim para mim, que agora estou a escrever, a essência do meu papel é ser superfície em que possa escrever, mas, se tenho que acender o fogo e me faltam ingredientes, apresenta-se-me o meu papel como matéria essencialmente inflamável; e assim por diante²⁸⁷.

A citação cima demonstra que o pensamento de Pontes de Miranda encontra espaço para o pluralismo de pontos de vista quanto aos fatos em geral, que não se dá em detrimento da unidade da ciência, mas sim em favor da constatação empírica da complexidade e da contingência do mundo real²⁸⁸. É o próprio Pontes de Miranda quem afirma que “o dado empírico é complexo de caracteres infinitamente multiplicáveis com as consequências que surte”²⁸⁹.

²⁸⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 105-109.

²⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo II. p. 138.

²⁸⁸ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 105-109.

²⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo II. p. 138.

Para Pontes de Miranda, o método lógico-matemático não deve apagar completamente a visão de mundo biológica e psicológica. De forma reflexiva, a complexidade dos fatos não elide a necessidade de formalização matemática e lógica²⁹⁰.

2.4 Suporte fático

O direito positivo, individualizado pelo substrato social a que responde, como contrapartida normativa, possui estruturas de diversos tipos. Em conjunto, é uma estrutura social que tem como inseparáveis o suporte factual e a capa normativa, pois não há fato social sem normatividade. O direito positivo é um sistema social, que dentro do sistema global que é a sociedade, cumpre a função de um subsistema²⁹¹. Metodologicamente, a teoria geral do direito obtém-se por generalização, por sucessivos graus de abstração no interior das ciências jurídicas, que, por sua vez, tomam como objeto de conhecimento o sistema de normas positivas, quer dizer, as normas incidentes nos fatos naturais e sociais, e os fatos naturais e sociais enquanto qualificados por normas²⁹².

O que é previsto pela norma como hipótese fática (hipótese de incidência), e sobre o qual ela incide, é considerado suporte fático. É a norma jurídica que classifica-os, distribuindo os fatos do mundo em fatos relevantes e fatos irrelevantes para o direito; em fatos jurídicos e fatos ajurídicos²⁹³. O suporte fático depende de que todos os fatos nele previstos se tornem realidade no mundo. Caso a previsão fática prevista na norma nunca se concretize, a norma existirá vigente, porém, não será eficaz porque não incidirá²⁹⁴.

É incontável a quantidade de fatos do mundo que a norma jurídica pode fazer passar para o mundo do direito, classificando-os em fatos jurídicos. O conjunto de fatos que se juridiciza, quais sejam, os fatos adjetivados pela norma, passam a ser considerados autônomos e independentes, constituindo uma unidade dentro do tempo e do espaço, isto é, o próprio fato

²⁹⁰ CATÃO, Adualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 108.

²⁹¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 90.

²⁹² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5ª Ed. São Paulo: Noeses, 2015. XXI.

²⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 7. Versão eletrônica sem paginação.

²⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 129.

jurídico²⁹⁵. O que preside o ingresso de fatos do mundo no sistema, são atos de valoração que efetuam a seleção dos fatos do mundo que passam a ser suportes objetivos de pressupostos²⁹⁶. Assim, sempre que fatos interferem de modo relevante nas relações inter-humanas, gerando a possibilidade de entrechoques de interesses, a comunidade jurídica os erige à categoria de fatos jurídicos, atribuindo-lhes consequências no relacionamento entre os seres humanos, ou seja, os efeitos jurídicos. O número de fatos jurídicos é praticamente coincidente com a quantidade de fatos significativos da vida social, nesses incluídos os fatos da natureza que interferem de alguma forma na vida humana²⁹⁷. A atribuição de qualificação jurídica a um fato é um *plus* em relação à sua essência natural, pois o fenômeno jurídico se desenvolve no plano axiológico, plano da validade, não no plano da existência física. Assim, afirma-se que o ser fato jurídico e o produzir eficácia jurídica se passam no mundo dos pensamentos, pois o ser juridicamente capaz, o ser proprietário, o ser solteiro ou herdeiro, não alteram em nada a natureza do ser humano. O fato biológico do nascimento com vida, não é, de forma alguma, alterado por este ser considerado fato jurídico ao qual se imputa o efeito jurídico de o recém-nascido adquirir personalidade jurídica. O mundo jurídico é uma criação humana e se refere, apenas, à conduta do homem em sua interferência intersubjetiva, não se desenvolvendo no campo da causalidade física, mas numa ordem de valência, no plano do dever-ser. Como já dito, o ser fato jurídico e o produzir efeito jurídico são situações que se passam no mundo dos nossos pensamentos e não impõem transformações na ordem do ser²⁹⁸. Somente fato qualificado pela norma jurídica faz parte do universo jurídico, pois nem todo fato é fato jurídico e nem todo fato pode gerar efeitos jurídicos²⁹⁹.

Fatos consubstanciam-se em algo que ocorreu, ocorre ou vai ocorrer. O mundo em que os fatos ocorrem é a soma de todos aqueles que se deram, e onde aqueles que virão no futuro hão de ocorrer. O direito, discerne o mundo jurídico e o que, no mundo, não é jurídico³⁰⁰, pois

²⁹⁵ EHRHARDT JR., Marcos. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmiento; EHRHARDT JR., Marcos; SILVA Jéssica Aline Caparica da (Coord.). *Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: homenagem a Marcos Bernardes de Melo*. Aracajú: Edunit, 2016. p. 14.

²⁹⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 156.

²⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

²⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45-46.

²⁹⁹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 132.

³⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 1. Versão eletrônica sem paginação.

os conceitos utilizados pelos juristas são de dois mundos diferentes: o mundo fático, onde ocorrem os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o mundo jurídico em que só se leva em conta o que nele entrou, colorido pela norma que incidiu³⁰¹. O direito, como processo social de adaptação, tem por finalidade regradar a conduta humana, tendo em vista que o fenômeno jurídico é fenômeno social. O agir humano, envolto em múltiplas facetas, inclusive aquelas relevantes para o direito, ocorre no mundo da vida, no mundo dos fatos³⁰². Todo fato é, portanto, mudança no mundo, visto que este é composto de fatos³⁰³.

Portanto, é importante frisar a dicotomia entre fatos e fatos jurídicos. Pontes de Miranda, percebendo essa realidade, adotou a essencial distinção, rigorosamente lógica, entre o mundo dos fatos (subconjunto composto pelos fatos não jurídicos) e o mundo jurídico (subconjunto composto, exclusivamente, pelos fatos jurídicos e onde se irradia a eficácia própria atribuída a cada um deles)³⁰⁴.

O legislador seleciona fatos para sobre eles incidir as hipóteses, optando por esses ou aqueles conteúdos sociais e valorativos. Pode vincular livremente, em função de contextos sociais e de valorações positivas e de valores ideais, quaisquer consequências às hipóteses delineadas. Pode combinar uma só hipótese para uma só consequência, ou várias hipóteses para uma só consequência, ou várias hipóteses para várias consequências³⁰⁵. Muitas vezes o fato bruto não entra em sua integridade no mundo do direito, visto que despe-se de aparências, de circunstâncias que o direito abstraiu. Outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ou de certas circunstâncias, fisicamente entranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico³⁰⁶.

³⁰¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 32.

³⁰² COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61-62.

³⁰³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 2. Versão eletrônica sem paginação.

³⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

³⁰⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 90-91.

³⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 7. Versão eletrônica sem paginação.

O suporte fático é a hipótese fática (hipótese de incidência) condicionante da existência do fato jurídico. É o antecedente da estrutura lógica da proposição normativa³⁰⁷. Os fatos a que a norma jurídica se refere ditarão o suporte fático da regra jurídica. No âmbito jurídico, como em outras ciências, o fato pode ser múltiplo, complexo, ou simples³⁰⁸.

A proposição antecedente descreve um evento de possível ocorrência no campo da experiência social. Traz uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de suposto normativo, verdadeira proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do conseqüente³⁰⁹.

Portanto, o suporte fático é fato bruto, tido como base da incidência da norma jurídica. Geralmente é mais rico em propriedades do que a hipótese fática, por isso, muitas vezes, não entra integralmente no mundo jurídico. Apenas as propriedades selecionadas pela hipótese de incidência (hipótese fáticas), tem acesso ao ambiente jurídico. É tal hipótese de incidência, inserida na norma, após opção política, que determina como o suporte fático será recebido pelo ordenamento jurídico³¹⁰.

Um mesmo fato pode figurar como suporte para a incidência de várias normas, cada uma estabelecendo deonticamente a causalidade jurídica³¹¹, ou seja, alguns fatos entram duas ou mais vezes no mundo jurídico, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos, simplesmente porque o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico. Assim, o fato jurídico pode ser tido como aquilo que sobra do suporte fático após a incidência da norma jurídica³¹².

A regra jurídica contida no artigo 9º do Código de Processo Civil, “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, traz “as partes” em seu suporte fático, ou seja, aquelas pessoas para as quais e contra as quais é pedida a tutela

³⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73.

³⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 5. Versão eletrônica sem paginação.

³⁰⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma à regra matriz de incidência tributária*. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/para-uma-teoria-da-norma-juridica-da-teoria-da-norma-a-regra-matriz-de-incidencia-tributaria-por-paulo-de-barros-carvalho>>. Acessado em 31/10/2017.

³¹⁰ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. 44.

³¹¹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5ª Ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 35.

³¹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 2. Versão eletrônica sem paginação.

jurídica, os sujeitos do direito e do dever, da pretensão, da obrigação, e até da exceção que se discute³¹³. Se há pessoa que é parte, a regra jurídica do artigo 9º, CPC, incide.

Dado o suporte fático nascimento com vida, conforme o artigo 1º do Código Civil, verifica-se o efeito jurídico da atribuição de personalidade civil.

O suporte fático está presente, inclusive, no contexto em que Pontes de Miranda refuta a existência de qualquer direito subjetivo superior ou anterior ao sistema positivo. Para ele direito subjetivo pressupõe (I) regra de direito vigente, (II) *fato sobre o qual a regra incide* e (III) o plano eficaz, dos efeitos que a causalidade estabelece entre a incidência da norma sobre o suporte fático e a relação jurídica, em cujos polos estão o titular do direito subjetivo e o titular do dever subjetivo³¹⁴.

Dessa forma, o suporte fático que entra no âmbito da incidência é o fato jurídico (*fattispecie, tatbestand* ou *state-of-affairs*), e em certas situações, ingressa como suporte fático que vai sofrer a incidência de outra norma, compondo outro fato jurídico³¹⁵.

Como já dito, ocorridos certos suportes fáticos, que têm de ser regradados, a norma jurídica incide. “A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada fôlha”³¹⁶, “incide sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais”³¹⁷, Assim é como incide a norma sobre o suporte fático.

2.5 A incidência da norma jurídica

Conforme a lição de Marcelo Neves, o suposto da norma jurídica descreve, de forma hipotética, os fatos naturais ou socioculturais, que, ocorrendo concretamente, irradiam os efeitos que a disposição prescreve abstratamente. A concretização dos fatos previsto no suposto constitui o fenômeno da incidência da norma jurídica, que faz surgir,

³¹³ Sobre o conceito de partes, como também o de tutela jurídica cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1ª a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo I. p. 220 e ss.

³¹⁴ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, 1995. p. 17-24.

³¹⁵ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, 1995. p. 17-24.

³¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 4. Versão eletrônica sem paginação.

³¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência positiva do Direito*. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo II. p. 297.

necessariamente, o fato jurídico. O suposto contém a representação abstrata do suporte fático, que, ao realizar-se, conduz infalivelmente à incidência da norma jurídica. Não basta que lei exista para que possa incidir, pois deve estar vigente³¹⁸.

Sobre a incidência, Pontes de Miranda ensina também que é possível imaginar o seguinte ato: a página de papel é o suporte fático; a chapa molhada de tinta da impressora é a norma jurídica; o contato com o papel é a incidência; a página impressa é o fato jurídico, que há de ser necessariamente algum fato que interesse às relações humanas³¹⁹.

Corroborando com o que até aqui foi dito, Paulo Lôbo anota, conforme a clássica lição de Pontes de Miranda, que a norma jurídica incide quando a hipótese normativa, ou seja, o suporte fático hipotético concretiza-se no mundo da vida ou dos fatos. No caso dos princípios, por exemplo, a incidência destes sobre o suporte fático concreto faz nascer o fato jurídico e seus efeitos, entre eles direitos subjetivos e deveres jurídicos. Tal estrutura lógica é a mesma tanto para o princípio jurídico quanto para qualquer outra norma jurídica³²⁰.

Para que os fatos tornem-se jurídicos, portanto, é preciso que normas jurídicas desçam e os encontrem, colorindo-os, tornando-os jurídicos³²¹. O fato da vida vai entrando, preenchendo as exigências do suporte fático e recebendo a conformação jurídica, para que produza efeitos previamente consagrados na norma jurídica, demonstrando assim, a logicidade do sistema³²².

A incidência ocorre no mundo social, mundo feito de pensamentos e outros fatos psíquicos, porém, nada tem com o que se passa dentro de cada um dos indivíduos no que diz respeito à adesão à regra jurídica, nem identifica-se com a eventual intervenção da coerção estatal. A incidência da norma jurídica independe de sua aplicação, e não falha, pois o que pode falhar é o atendimento e a aplicação dela. Não importa se a pessoa conhece, ou não conhece a norma, pois, por conta da sua juridicidade, incide com ou sem o seu conhecimento.

³¹⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *Revista de informação legislativa*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181581>>. Acessado em 01/08/2018.

³¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratada das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I. p. 71.

³²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Vol. 1. Versão eletrônica sem paginação.

³²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 2. Versão eletrônica sem paginação.

³²² ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7. p. 289-308.

As descidas ao plano psicológico, adverte Pontes de Miranda, são sempre perigosas, pois estranhas ao âmbito do direito. Adverte ainda do perigo das teorias que ligam o reconhecimento da norma jurídica à sua força de incidência, ou de aplicação. Se um indivíduo se nega ao serviço militar, alegando motivo de crença religiosa, ou o direito trata a alegação como nenhuma, ou como escusa não admitida, ou formula outra norma alternativa, que pode ser uma regra jurídica que contenha uma cláusula de exceção³²³⁻³²⁴. O ideal do direito é que coincidam aplicação e incidência, porém, a aplicação é ato humano que se passa na dimensão sociológica do direito, enquanto a incidência se dá na dimensão normativa³²⁵.

A incidência das normas jurídicas se dá sobre todos os casos atingíveis por elas. Por isso, não é deixada ao arbítrio de alguém que as incida ou não. É, portanto, infalível. É o direito demonstrando a sua especificidade em relação aos outros processos sociais de adaptação³²⁶. Uma vez ultrapassado o processo de criação, a norma jurídica existe, e, integrada ao ordenamento jurídico, estará apta a incidir sempre que ocorrer, daí em diante, situação de fato ou prática de ato a ela amoldada³²⁷. Pontes de Miranda desenvolveu um amplo modelo científico de mundo total, tendo como premissa que são sete os principais processos de adaptação social: a religião, a moral, a arte, a economia, a política, a ciência e o direito. Dentre todos, é o direito o que confere maior estabilidade às relações sociais, em razão da qualidade das normas jurídicas, que são as únicas dotadas de força de incidência, em função da coercibilidade que lhes é característica. É apenas por essa força coativa que uma regra moral, política, econômica ou religiosa pode passar a ser jurídica, desde que a migração revele-se necessária para a evolução e a estabilidade social, pois o direito pode apanhar os seus enunciados e fazê-los normas jurídicas³²⁸.

As normas jurídicas incidem para todos, mas tal fato não interessa a todos. São os interessados que devem proceder após ela, atendendo-a ou efetuando todos os atos jurídicos necessários para que essa criação humana, tão essencial à evolução do homem e à sua

³²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 4. Versão eletrônica sem paginação.

³²⁴ Robert Alexy trata das cláusulas de exceção ao indicar que o “conflito entre regras pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito” Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 92.

³²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 112.

³²⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. § 5. Versão eletrônica sem paginação.

³²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8. p. 32.

³²⁸ ARAUJO, Clarive von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 99.

permanência em sociedade, continue a existir. O atendimento à incidência em maior ou menor medida demonstra o grau de civilização de determinada sociedade. A falta de atendimento é que provoca a não coincidência entre incidência e atendimento (=auto-aplicação) e a necessidade de aplicação pelo Estado, tendo em vista que não se tem mais, na quase totalidade dos casos, a aplicação pelo outro interessado³²⁹. É que, no Estado Democrático de Direito, por conta da proibição da justiça com as próprias mãos e a inserção do monopólio da jurisdição, ocorreu a duplicação do direito de ação que pode ser tanto a material (possibilidade de obrigar o sujeito passivo a adimplir a prestação) quanto a processual, que não é dirigida contra o particular obrigado a cumprir a pretensão, mas contra o Estado, para que este, por meio do órgão jurisdicional, pratique ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o próprio Estado proibiu³³⁰. A norma jurídica, é, em geral, mais respeitada do que desrespeitada³³¹. Havendo quem indique que as crises de descumprimento são fenômenos de exceção no comportamento humano, inversamente proporcionais ao grau de civilização dos povos. Porém, podem ocorrer quando (I) se questiona o conteúdo da norma que incidiu; (II) nega-se a existência ou a configuração do suporte fático ou (III) não se quer ou não se pode dar realização à norma concretizada. Nas hipóteses (I) e (II) a crise está relacionada com a identificação da norma jurídica concreta; na hipótese (III) há típica crise de execução³³².

A incidência da norma jurídica é a sua eficácia. Não há confundir-se eficácia da norma jurídica e eficácia do fato jurídico. A eficácia da norma jurídica é a sua incidência no suporte fático. Sem norma jurídica e sem fato, ou fatos, sobre os quais ela incida, não há fatos jurídicos e, pois, efeitos jurídicos, de modo que o conceito de incidência exige lei e fato. Toda eficácia jurídica, portanto, é eficácia do fato jurídico (da lei e do fato, e não da lei ou do fato)³³³.

Portanto, enquanto não se realizam no mundo os fatos previstos, a norma constitui mera proposição linguística, sem qualquer consequência jurídica, embora do ponto de vista sociológico, pretende-se que funcione como regra de conduta a ser seguida pelos integrantes

³²⁹ MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. § 5. Versão eletrônica sem paginação.

³³⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 29, 1983. p. 106.

³³¹ MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. § 4. Item 1. Versão eletrônica sem paginação.

³³² ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8. p. 32.

³³³ MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. § 5. Versão eletrônica sem paginação; ARAUJO, Clarive von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 101.

de uma comunidade. Da mesma forma, enquanto existirem apenas fatos, mesmo que relevantes, mas que não tenham sido qualificados por normas jurídicas, se estará em plano apenas fático, sem qualquer repercussão jurídica. Somente a conjunção norma-suporte fático que, por meio da incidência, cria o fato jurídico, constrói o mundo do direito³³⁴.

2.6 Planos da existência, validade e eficácia

A cópula suporte fático – norma, dá vida aos fatos jurídicos. O mundo jurídico, de acordo com a obra do citado Mestre, é “dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações”³³⁵.

Nesse caso, o fato jurídico, em sentido amplo, passa pelo plano da existência, depois pelo da validade, e finalmente, pelo plano da eficácia. O fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel, etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam³³⁶.

“Existir, valer e ser eficaz são situações distintas em que se podem encontrar os fatos jurídicos”³³⁷

O fato jurídico deve ao menos existir para que possa ser inválido ou ineficaz. A partir da existência é que se pode falar de validade ou invalidade e de eficácia ou ineficácia. A recíproca, porém, não é verdadeira.

Um fato jurídico existe pela presença dos seus elementos nucleares (cerne e elementos completantes).

³³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 117.

³³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

³³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Livro eletrônico.

³³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

Um exemplo a clara o caso: Um contrato de compra e venda (negócio jurídico) possui como elementos nucleares (I) o acordo de vontades (= cerne) sobre (II) o objeto e (III) o preço (= elementos completantes)³³⁸.

Mas, determinado fato jurídico (ato jurídico em sentido amplo) pode existir, porém, possuir problemas quanto à sua validade e eficácia.

E isso porque no suporte fático de um fato jurídico não há apenas elementos nucleares (cerne e elementos completantes). Também existem elementos complementares e integrativos. Sem os elementos nucleares não se concretiza suficientemente o suporte fático e, assim, não se forma (não existe) o fato jurídico (são pressupostos da existência). Ocorre que os elementos complementares (e integrativos) dizem respeito à perfeição dos elementos nucleares do fato jurídico, são pressupostos de validade e/ou eficácia. Nesse caso, como elementos complementares não influenciam a existência do fato jurídico, mas, sim, a sua validade e/ou eficácia³³⁹.

Assim, retomando o exemplo acima, não basta que haja acordo de vontades sobre objeto e preço. O acordo de vontades deve ser feito por: (I) pessoas capazes; (II) segundo forma prescrita ou não proibida em lei; (III) sobre objeto lícito e possível; (IV) preço ajustado em moeda nacional determinado, ou determinável através de critérios pré-estabelecidos; (V) sem qualquer vício de vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) ou vício social (fraude contra credores e simulação).

Utilizando a taxionomia dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda, elaborada após acurado estudo dos fatos jurídicos, empreendidos com a revisão de processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos, faz-se a classificação com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. Assim, identificou como elementos nucleares (cerne) do suporte fático a conformidade, ou não, do fato jurídico com o direito, e a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático, tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica³⁴⁰.

A distinção quanto aos elementos nucleares de cada espécie possui utilidade não apenas teórica, sendo um útil critério para a análise do seu tratamento jurídico adequado. Na

³³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42. Nota de rodapé 17.

³³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42. Nota de rodapé 17.

³⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

classificação proposta por Pontes de Miranda, os fatos jurídicos *lato sensu* são divididos em três espécies lícitas: os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos *lato sensu*, que se subdividem em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico (unilateral, bilateral, plurilateral). Pode-se dizer ainda que dois são os critérios para a classificação: a existência, ou não, de conduta humana e a existência, ou não, do elemento vontade; existindo ela, a sua forma de expressar-se: manifestação, declaração ou exteriorização (= ato ou omissão) material. Os fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos e eventos que ingressaram no mundo jurídico sem que a conduta humana fosse relevante para a sua juridicização. Os atos-fatos jurídicos são as condutas humanas que são tomadas pela norma jurídica como simples fatos, desconsiderando a existência do elemento volitivo para a sua configuração. Já os atos jurídicos em sentido amplo são aqueles em que a vontade é elemento nuclear do suporte fático³⁴¹.

Sobre o ato-fato, deve-se perceber que a vontade é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos, porém, em alguns deles torna-se irrelevante. Isso quer dizer que, para a incidência da norma jurídica, que marca o suporte fático, em alguns casos, a vontade não precisa se fazer presente como elemento fático na formação do fato a ser colorido pela incidência.

Nesses casos, a vontade até pode estar presente, mas não entra como elemento do suporte fático, que, completo, receberá a incidência da norma. Há fatos jurídicos cujos suportes fáticos são integrados por conduta humana que, embora essencial à sua existência, o direito considera irrelevante a circunstância de ter, ou não, havido vontade em praticá-la, dando maior importância ao resultado fático que dela decorre do que a ela própria. São os atos-fatos lícitos ou ilícitos³⁴².

É nesse contexto, portanto, que se identificam os atos-fatos jurídicos, caracterizados pela ocorrência de atos que estão à base da ocorrência de fatos que são da substância do fato jurídico onde a lei os recebe como avolitivos, abstraindo dele qualquer elemento volitivo, que por ventura possa existir em sua origem, não importando, assim, se houve, ou não, vontade

³⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2015. p. 105-115.

³⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

em praticá-los³⁴³. Escapam às classes dos negócios jurídicos, dos atos jurídicos em sentido estrito, dos atos ilícitos e dos fatos jurídicos em sentido estrito³⁴⁴.

O que possui relevância jurídica, no caso do ato-fato, é o fato humano que resulta da prática do ato humano, em que a vontade é irrelevante. Dá-se mais importância ao resultado fático decorrente da conduta humana do que a ela mesma³⁴⁵. Embora condutas humanas, as normas as apanham como puros fatos, em que a vontade é totalmente desprezada para o plano jurídico, ainda que existente no plano fático. São exemplos de atos-fatos jurídicos, a homologação tácita do tributo pela omissão do Fisco, os sinais e apitos dos agentes de trânsito, o estado de exercer o serviço público que origina a gratificação por tempo de serviço, a viagem que origina o direito a diárias ou indenização, entre outros.³⁴⁶

O ato humano é fato produzido pelo homem, nem sempre, pela vontade do homem. Se a relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), é relevante para o direito, o ato humano entra no mundo jurídico como ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico em sentido estrito³⁴⁷.

Porém, “se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico”³⁴⁸ (grifos do original).

Portanto, “no ato-fato jurídico, a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante”³⁴⁹. O critério caracterizador do

³⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2015. p. 105-115.

³⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tomo II. § 209. Versão eletrônica sem paginação.

³⁴⁵ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 148, 2007. p. 293-320.

³⁴⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2015. p. 105-115.

³⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tomo II. § 209. Versão eletrônica sem paginação.

³⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tomo II. § 209, item 2. Versão eletrônica sem paginação.

³⁴⁹ LÔBO, Paulo. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*. Site da Revista Evocati. Disponível em: <www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=385>. Acessado em: 30/07/2017.

ato-fato jurídico é a sua produção por conduta humana, apesar de seu suporte fático tomar a vontade como irrelevante para que o fato ingresse no mundo jurídico³⁵⁰.

A ausência da vontade no suporte fático do atos-fatos traz como uma das suas consequências, a de que essa espécie de fato jurídico, via de regra, não ingressa “no plano da validade, passando da existência diretamente para a eficácia”^{351_352}.

Ou seja, os atos-fatos jurídicos, tendo em vista a sua natureza singular, não estão sujeitos aos princípios da validade, não sendo nulos ou anuláveis. Desse modo, não se aplicam a eles as hipóteses de vícios de vontade (erro, coação, dolo, lesão, simulação)³⁵³. As sanções de nulidade e anulabilidade somente interessam aos atos jurídicos, pois apenas o ato humano que adentrou o mundo jurídico como ato jurídico em sentido estrito ou como negócio jurídico é suscetível de apreciação no plano da validade³⁵⁴.

Deve-se, porém, indicar que há autores que não consideram o ato-fato como categoria jurídica autônoma^{355_356}.

A doutrina subdivide a os atos-fatos em: (I) reais ou materiais; (II) indenizativos; ou (III) caducificantes.

³⁵⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-fato processual: reconhecimento e consequências. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016. p. 75-90.

³⁵¹ EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil: lindb e parte geral*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1. p. 449. No mesmo sentido: CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-fato processual: reconhecimento e consequências. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016. p. 75-90.

³⁵² Pontes de Miranda chegou a igual conclusão, quando, ao discorrer sobre as consequências da criação intelectual como espécie de ato-fato jurídico, afirmou que: “O ato de criação intelectual não está subordinado aos princípios de validade, nulidade, ou anulabilidade. Não há descobrimento científico nulo, ou anulável, nem criação literária, ou artística, nula ou anulável. Se o ato ofendeu algum direito alheio, tem-se de verificar como é que tal ato entra no mundo jurídico, porém, então, não é como ato de criação que entra” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tomo II. § 216, item 2. Versão eletrônica sem paginação.

³⁵³ LÔBO, Paulo. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*. Site da Revista Evocati. Disponível em: <www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=385>. Acessado em: 30/07/2017.

³⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tomo I. § 14. Versão eletrônica sem paginação.

³⁵⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 253 e ss.; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 232 e 233.

³⁵⁶ Para Antonio do Passo Cabral, o ato-fato jurídico “é categoria estranha, com nomenclatura confusa, e que parte de premissas, com a devida vênia, antiquadas. De um lado, parece esquecer que a vontade é um elemento presente nos atos jurídicos em geral [...]. Como poderíamos desconsiderá-la simplesmente?” Além disso, ainda conforme o autor, “o conceito de ato-fato confunde vontade e intenção” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 45. nota de rodapé 10. Refutando, especificamente, tais argumentos e reafirmando a classificação dos fatos jurídicos baseada na composição do suporte fático: cf. COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 270, 2017. p. 19-56.

Os atos reais, caracterizam-se, na linguagem utilizada por Pontes de Miranda, por estarem mais próximos dos fatos, das coisas, do que dos homens. É o caso do abandono, do descobrimento do tesouro, da tradição, da tomada de posse ou da composição de obra artística ou literária. Os atos indenizativos trazem consigo a consequência da incidência normativa do dever de indenizar, ou seja, são atos humanos onde abstraída a vontade, há o dever indenizatório. Por sua vez, são atos caducificantes os extintivos, que implicam em caducidade sem culpa, que tem como exemplos a prescrição, a decadência e a preclusão³⁵⁷.

Há, porém, atos-fatos que não se enquadrariam nas espécies acima referidas, mas, ainda assim, não exigem a presença de vontade humana. Seria o caso do pagamento, como aquele feito pelo incapaz, e usucapião, que, às vezes, dispensa a existência do ânimo de usucapir³⁵⁸.

O processo é campo fértil para a prática de atos-fatos processuais, concebidos como condutas humanas, referidas a um procedimento, em relação às quais a ordem jurídica desconsidera a vontade de sua prática. São exemplos: o adiantamento das custas processuais, o preparo, a revelia, a execução provisória da sentença posteriormente reformada, entre outros³⁵⁹.

Eduardo Luiz Cavalcanti Campos tenta realizar uma sistematização das omissões processuais, afirmando que em regra, as omissões processuais ingressam no mundo jurídico como atos-fatos caducificantes, mas que também podem entrar de outras formas, tais como atos jurídicos, negócios jurídicos e até mesmo como atos ilícitos. A omissão é caracterizada como uma forma pela qual a conduta humana é exteriorizada, onde, portanto, não há falar em fato jurídico *stricto sensu* omissivo. A omissão processual ingressará como ato-fato, quando a vontade em se omitir for irrelevante para a configuração do suporte fático, tais como a revelia, ou seja, a ausência da prática de ato jurídico dentro do prazo, como também a não interposição do recurso no prazo ou mesmo a ausência de preparo no ato de interposição de recurso, são omissões processuais³⁶⁰.

³⁵⁷ LESSA NETO, João Luiz. Notas sobre a revelia e a contumácia no código de processo civil de 2015. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 261, 2016. p. 87-116.

³⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 148, 2007. p. 293-320.

³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 44.

³⁶⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-fato processual: reconhecimento e consequências. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016. p. 75-90.

Porém, também é possível que a omissão processual seja negocial, o que ocorre quando a parte deixa de alegar incompetência relativa como preliminar de contestação, hipótese em que a competência é prorrogada. A omissão, em tal caso, é um negócio jurídico processual tácito ou implícito entre as partes. O mesmo ocorre na renúncia tácita à convenção de arbitragem³⁶¹.

Com base na lição de Leonardo Carneiro da Cunha e João Otávio Terceiro, existe legislação federal que contempla diversas disposições sobre interpretação negocial, o que entende-se perfeitamente aplicável às omissões negociais³⁶².

Ato jurídico em sentido amplo é o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível. Portanto, constituem elementos essenciais à caracterização do ato jurídico: (I) um ato humano volitivo; (II) que haja consciência dessa exteriorização de vontade; (III) que esse ato se dirija à obtenção de um resultado protegido, ou ao menos não proibido³⁶³. Desse gênero sobressaem duas espécies, quais sejam, atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

Marcos Bernardes de Mello diferencia as suas espécies pelo seguinte critério: (I) nos atos jurídicos em sentido estrito, o direito recebe a manifestação de vontade em certo sentido, portanto, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interessados; (II) já no caso dos negócios jurídicos, o direito outorga liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, autorregurar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes³⁶⁴.

³⁶¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. vol. 1. p. 38.

³⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Otávio Terceiro. Recurso especial e interpretação do contrato. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 275, 2018. p. 257 – 270.

³⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 206. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 53; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 118; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. vol. 1. p. 32.

³⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 206-207.

Adriano Soares da Costa, todavia, afirma que a diferenciação de tais espécies pela possibilidade de escolha das categorias jurídicas quando da prática do ato é equivocada. Criticando a lição de Marcos Bernardes de Mello, afirma que a conceituação peca por fundar-se nos efeitos do fato jurídico, e não no elemento nuclear do suporte fático. Em suas palavras, afirmar que o ato jurídico em sentido estrito tem os seus efeitos dispostos previamente, é olhar apenas para a eficácia com a intenção de conceituar o que se passa no plano da existência. Assim, afirma que não é a maior ou menor possibilidade de definir os seus efeitos que serve à classificação dos atos jurídicos em sentido amplo, mas o elemento nuclear completante do seu suporte fático: a vontade. Prossegue, defendendo que a diferença fundamental entre essas espécies está em que os atos jurídicos em sentido estrito não declaram vontade, apenas a manifestam. Mesmo quando manifestam a vontade, nada obstante, o seu conteúdo não é decisório, mas emissão de enunciado assertórico. Já o negócio jurídico unilateral, tem na vontade decisória ou dispositiva o seu elemento nuclear, seja por meio de declaração de vontade ou, em alguns casos, através de exteriorização material de vontade decisória ou dispositiva³⁶⁵.

Deve-se frisar, todavia, que o autor parte da premissa de que a manifestação de vontade é gênero de três espécies: (I) declaração de vontade, (b) manifestação adeclarativa de vontade - é dizer, manifestação de conhecimento, manifestação de vontade e enunciação assertórica de fato -, e (c) exteriorização material de vontade. Afirma que foi por não perceberem no ordenamento jurídico os meios diferentes pelos quais os atos volitivos ingressam nos suportes fáticos, que muito se embaralhou a exposição precisa e científica da teoria do fato jurídico³⁶⁶.

³⁶⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2015. p. 105-115.

³⁶⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2015. p. 105-115.

3 EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL

3.1 Técnica executiva

A atividade executiva, de todas as atividades processuais, é, a mais ligada ao que Hermes Zaneti Jr. chama de vida dos direitos, chegando a afirmar que não existe área em que o direito material e o direito processual estejam conectados de maneira mais direta. Seu aspecto mundano, torna a execução externa ao processo, pois atinge diretamente o mundo da vida, não havendo como conceber atividade executiva fora da dimensão prática e humana, onde as soluções propostas para os dilemas devem garantir a maior efetividade possível³⁶⁷.

Têm-se como execução, o atendimento ao enunciado que se contém na decisão judicial se esse enunciado não é, em si mesmo, bastante. Na execução, há a ocorrência de algo que tornou o patrimônio de uma pessoa exposto à intervenção do Estado, que a todos prometeu, na espécie, satisfazer a pretensão à tutela jurídica. A pretensão a executar e a ação de execução são pretensão e ação, como as outras. O Estado exerce, nesse caso, a execução pelo próprio obrigado, a execução sua ou execução forçada. Onde o titular do direito poderia, em diversas formas sociais primitivas, declarar, constituir, condenar ou mandar, é o Estado quem declara, constitui, condena ou manda, visto que possui o monopólio estatal da Justiça. Em qualquer execução há ato e não só pensamento³⁶⁸. Executar é ir extra, é seguir até onde se pretender, até onde se quer. Compreende-se que se fale de execução, nesse contexto, de ação executiva, quando se tira algo de um patrimônio e se leva para diante, para outro³⁶⁹.

Por meio do processo, tido como mecanismo social organizado para julgar o conflito³⁷⁰, o órgão jurisdicional, julgará determinado conflito intersubjetivo, categoria que é inerente a qualquer sociedade e dela inextirpável. A sociedade precisou, portanto, criar mecanismos para a resolução de conflitos e a posterior restauração da relação entre os

³⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. *Comentários do código de processo civil (arts. 824 ao 925)*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 44

³⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Tomo IX. p. 9-11.

³⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo VII. p. 38.

³⁷⁰ ROSA, Miranda; AUGUSTO, Felipe. *Sociologia do direito*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1992. p. 151.

litigantes, que podem ser sistematizados em três categorias: (I) a autotutela; (II) autocomposição; (III) heterocomposição. A autotutela não se adequa à pauta aceita e praticada nas relações sociais hígdas, pois nesse caso, imperará em geral a vontade do litigante mais forte e hábil, de modo que a justiça de mão própria que propicia não é apropriada, com a exceção de algumas poucas situações, como é o caso da hipótese contida no artigo 1.210, § 1º, CC³⁷¹. O sistema não funciona mais como no antigo direito romano, onde a execução era pessoal (*manus iniectio*), com a imposição judicial da mão, para fazer escravo, pela dívida, o devedor, onde o deferimento da comunicação de vontade do credor tinha a consequência de fazer *servi loco* a parte contrária, e apenas terceiro, o *vindex*, poderia retirar a mão do juiz. O terceiro ou pagava imediatamente a dívida, ou, negando o cabimento da *manus iniectio*, ingressava na relação jurídica processual, e arriscava-se a pagar o dobro³⁷². Assim, hodiernamente, quando determinado sujeito passivo não cumpre uma obrigação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a regra geral é no sentido da proibição da autotutela, o titular do direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por suas próprias mão - em verdadeira justiça de mão própria – agir para efetivá-lo³⁷³.

Especificamente sobre o exercício da jurisdição no que diz respeito à atividade executiva, os cidadãos esperam que da formulação de uma regra concreta, resolvendo o conflito, haja a atuação prática desse comando, caso necessário, e, em casos excepcionais, a rápida asseguaração desses objetivos ou de algum direito subjetivo que esteja sendo ameaçado, pois, nos termos do que ensinou Calamandrei, “o Estado defende com a jurisdição sua autoridade de legislador”³⁷⁴. Porém, nem toda decisão judicial exige uma atuação prática, visto que em si mesma já satisfaz o demandante. Tal desnecessidade, dependerá da natureza do provimento por ele próprio requerido³⁷⁵.

Dessa maneira, a atividade jurisdicional é composta por meios aptos a que se formule juízo a respeito da incidência ou não de norma jurídica, e que consiste, essencialmente, em coletar e examinar provas sobre fatos acerca dos quais possa ter havido tal incidência e

³⁷¹ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. §1º item 1. Versão eletrônica sem paginação.

³⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações executivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo VII. p. 41.

³⁷³ DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 41-42.

³⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. Vol. I. p. 175.

³⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. §1º item 1. Versão eletrônica sem paginação.

verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável a determinado suporte fático, e, finalmente, aplicá-la, declarando as consequências jurídicas decorrentes, ou seja, os efeitos da incidência ou, se for o caso, declarando que não houve incidência por ausência do suporte fático, ou a não ocorrência no modo ou na extensão pretendida, ou, ainda, que em relação ao fato não incidiu o preceito normativo alvitrado na demanda. Por conseguinte, há a atividade jurisdicional destinada, especificamente, a promover o cumprimento forçado da norma jurídica concreta cujo conteúdo encontra-se identificado ou por sentença (título executivo judicial) ou por ato jurídico (título executivo extrajudicial). A atividade judicial de execução, tem como ponto de partida, assim, a certeza do direito à prestação³⁷⁶. Tal direito a uma prestação consiste no poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de determinada obrigação, que pode ser de fazer, não fazer, ou dar. Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais, nos termos do artigo 189 do Código Civil. O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico, ou seja, algo precisa ser efetivamente realizado a fim de que haja tal concretização, pois a sua efetivação/satisfação, é a realização da prestação devida³⁷⁷.

Coube a Pontes de Miranda, quando entre nós predominava incontestada a doutrina processualística europeia, de forma marcante a italiana, a quebra de um paradigma, qual seja, o da classificação trinária das ações, criando outro, o da classificação quinária. Classificou, portanto, as ações e as sentenças de acordo com a eficácia com que um dos cinco elementos (declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo), correspondentes aos cinco verbos em que a parte pede seja satisfeito seu interesse jurídico, onde um é preponderante, com maior força no conteúdo sentencial³⁷⁸. Compreende-se como eficácia, portanto, a energia automática da resolução judicial³⁷⁹. Assim, conforme a teoria quinária, nenhuma sentença possui apenas uma das eficácias, ou seja, não existe sentença pura. Pelo contrário, todos os cinco elementos coexistem, não se concebendo sentença em que não convivam simultaneamente declaração, constituição, condenação, mandamento e execução³⁸⁰.

³⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8. p. 37.

³⁷⁷ DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 41-42.

³⁷⁸ SÁ, Fernando. As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença. A tese de Pontes de Miranda. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 62-66.

³⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I. p. 199.

³⁸⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A antecipação da tutela à luz da teoria quinária da ação. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 328.

Partindo da premissa de que todas as cinco classes estarão presentes nas sentenças, segue-se para a constatação de que eles convivem dentro de uma ordem de preponderância. Vai-se a uma dimensão em que os elementos são divididos por uma ordem de força da sentença (ou eficácia preponderante), como também por eficácias mediatas e outras menores que completam a constante das eficácias.

Ou seja, há uma eficácia preponderante, eficácias imediata e mediata, além de outras duas eficácias adicionais de menor peso. Finalmente, há uma ideia de existência de uma constante, a constante 15³⁸¹. A força sentencial, ou eficácia preponderante recebe a carga 5, já a eficácia imediata recebe a carga 4, a eficácia mediata recebe a carga 3 e por fim, restam dois outros elementos que recebem as eficácias 2 e 1³⁸². Nesse sentido, “*fôrça* sentencial é a eficácia preponderante (5). Eficácia imediata é a que resulta da sentença (4), sem ser necessário qualquer novo pedido do vencedor. Eficácia mediata ou é a que concerne a questão prejudicial ou a que enseja *nôvo* pedido”³⁸³ (grifos nossos).

A constante 15 é encontrada através de uma sistema de coordenadas que opera, por exemplo, de forma que numa sentença com 5 de declaração (=força), 4 de mandamento (=eficácia imediata), 3 de constituição (=eficácia mediata), 2 de execução e 1 de condenação, a constante 15 operará na soma dos elementos nessa ordem: 5, 3, 1, 4, 2. Ainda à guisa de exemplo, e demonstrando a presença de todos os elementos, pode-se perceber que em uma ação de despejo comanda-se a restituição do bem alugado (eficácia executiva), desfaz-se o ato jurídico (eficácia constitutiva negativa), declara-se o direito do autor à recuperação da coisa locada (eficácia declarativa), ordena-se o cancelamento da averbação da locação no cartório de registro imobiliário (eficácia mandamental), condena-se o demandado nas custas processuais (eficácia condenatória)³⁸⁴.

Pois bem. Pontes de Miranda afirma que nas ações de cognição, que são ações declarativas em sentido bastante largo, há enunciados sobre incidência - tendo em vista que toda aplicação de lei é enunciado sobre a incidência - e certa quantidade de raciocínio que o juiz deve fazer. Nas ações executivas, ou há também, por meio da duplicidade de elementos

³⁸¹ SÁ, Fernando. As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença. A tese de Pontes de Miranda. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 66.

³⁸² COSTA, Eduardo José da Fonseca. A antecipação da tutela à luz da teoria quinária da ação. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 329.

³⁸³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I. p. 198.

³⁸⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A antecipação da tutela à luz da teoria quinária da ação. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 328-329.

(cognitivo e executivo), esse raciocínio, como é o caso das ações de títulos executivos extrajudiciais, ou ficou para trás, em outro processo, a cognição, como ocorre com as ações de execução de sentença. O enunciado sobre sentença, nas ações executivas, é mínimo, e não possui raciocínio posterior, que leva a ser preciso confirmá-lo³⁸⁵.

Adverte, assim, que a diferença entre a ação executiva de título extrajudicial e a ação executiva de sentença está em que nesta, há cognição completa, preestabelecida pela eficácia executiva (pelo menos 3) sentencial. No caso do título extrajudicial o sistema jurídico atribuiu, excepcional e condicionalmente, eficácia executiva³⁸⁶. Ao tratar sobre a ação executiva, afirma que a mesma é necessária para passar para a esfera jurídica de alguém algo que deveria estar lá e não está, ou seja, “segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem”^{387_388}.

A partir de uma análise empírica dos cinco elementos (ou forças), constantes do pronunciamento judicial, apresentados acima percebe-se que nem todos os efeitos próprios do provimento são entregues imediatamente, ou seja, pela própria sentença (transitada em julgado ou não). Tal possibilidade congênita reclama, para algumas das forças, atividade posterior e complementar, pois caso não haja o cumprimento voluntário por parte do vencido (talvez o condenado pague, o esbulhador restitua a coisa e o destinatário de ordem cumpra), haverá a necessidade de mais atividade jurisdicional, destinada ao cumprimento forçado do comando judicial. É possível de constatação que a obtenção concreta e efetiva dos efeitos derivados da condenação, da execução e do mandamento exige uma atividade complementar para atingi-los. O pronunciamento em si não satisfaz o vitorioso. Torna-se necessária,

³⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Tomo IX. p. 27-28.

³⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações executivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo VII. p. 41.

³⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I. p. 163.

³⁸⁸ Araken de Assis, ao tratar sobre o cumprimento de sentença e a ação de execução de título executivo extrajudicial, afirma que “é perfeitamente admissível que o legislador designe certo fenômeno jurídico com palavra de maior ou menor força persuasiva. Certo, determinada época tem seus fraseados preferidos. E não raro depositam-se esperanças revolucionárias no rótulo, conquanto seja idêntico o conteúdo. Uma etiqueta nova, ensinaria o veterano mestre da dissimulação ao seu jovem aprendiz, a mais das vezes apresentará o velho e ultrapassado produto de forma mais atraente ao desavisado consumidor. Mas, convém não olvidar que a classificação pela força e efeitos assenta em critério material e, portanto, não há maior relevo de a execução de certo provimento realizar-se *in simultaneo processu*, ou não, e envolver créditos ou não [...] a circunstância de a execução dos títulos judiciais realizar-se no mesmo processo não alterou a classificação das sentenças pela força e efeitos; em particular não obliterou a diferença frisante entre a força executiva e a força condenatória porque o critério que preside sua distinção descansa no direito substancial”. Cf. ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 118.

portanto, atividade subsequente à emissão do provimento final ou antecipatório, transformando o mundo dos fatos para alcançar ao vitorioso o bem da vida contemplado. A atividade que realiza, no mundo real, a decisão judicial, chama-se execução³⁸⁹.

Para Francesco Carnelutti a execução contrapõe-se a resolução, e significa a conversão desta em atos. Também aponta para duas hipóteses, quais sejam, a execução voluntária e a forçada, que se diferenciam pelo cumprimento conforme o preceito ou conforme a sanção³⁹⁰.

Quando uma determinada prestação não se realiza de maneira natural, e considerando a vedação a justiça de mão própria, recorre-se ao Estado, para que atue no sentido de tornar concreta a prestação³⁹¹.

Por seu turno, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que execução é o ato de satisfazer uma prestação devida. Pode ser espontânea, ocasião em que o devedor cumpre espontaneamente a prestação, ou forçada, quando o cumprimento se dá por meio da prática de atos executivos por parte do Estado³⁹².

Há casos em que o próprio prejudicado pode, havendo inadimplemento, agir sozinho e de forma lícita, sem a intermediação do judiciário, por exemplo, no caso das obrigações de não fazer, conforme o artigo 251, parágrafo único, do Código Civil, no procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei 9.514/1997³⁹³, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário, na execução extrajudicial de dívidas contraídas no regime do Sistema Financeiro Habitacional com garantia hipotecária previsto no Decreto-Lei 70/1966³⁹⁴⁻³⁹⁵, porém, o presente estudo tratará da execução forçada, ou seja, daquela que necessita da atividade jurisdicional para a sua realização.

³⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Tomo IX. p. 9-11; ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

³⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 288-289.

³⁹¹ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 25.

³⁹² DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45.

³⁹³ RE 860631/SP.

³⁹⁴ RE 627106/PR, Tema 249 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁵ É importante perceber que embora tratem sobre a execução extrajudicial em contratos imobiliários, os RE 627.106/PR e RE 860631/SP, tratam sobre temas diversos, na medida em que no primeiro discute-se a recepção constitucional do Decreto-Lei 70/1966, que prevê a execução extrajudicial para dívidas contraídas no regime do Sistema Financeiro Habitacional, com garantia hipotecária; no segundo, o objeto é a constitucionalidade da Lei 9.514/1997, que prevê a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro

Durante largo período, o pensamento dominante no Brasil, sobretudo desde a elaboração do Código de Processo Civil de 1973³⁹⁶, no que concerne ao papel desempenhado pelo juiz da execução, centrou-se no dualismo rígido entre a “cognição” e a “execução” como procedimentos autônomos, que se desenvolviam em atividades apartadas. Enquanto o processo de conhecimento estava voltado para a formação da norma concreta destinada a disciplinar a situação trazida ao órgão jurisdicional, o processo de execução estaria vertido para a prática de atos materiais destinados a concretizar a resolução advinda daquele processo cognitivo. O critério da atividade desenvolvida pelo magistrado para buscar diferenciar o processo de cognição e o processo de execução, entretanto, parece não mais servir ao momento atual, se vistos os casos de processos de cognição em que são produzidas sentenças executivas (como na ação de reivindicação, ação de reintegração de posse e ação de adjudicação compulsória etc) e os processos sincréticos, que, portanto, desabilitam o

Imobiliário, com alienação fiduciária do imóvel, onde não há transmissão da propriedade ao devedor, mas apenas transferência da posse direta do bem.

³⁹⁶ Alcides de Mendonça Lima, demonstrando o âmbito doutrinário à época inicial da vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao defender o acerto do legislador quando do tratamento do processo de execução naquele diploma, afirma que: “embora já os antigos e mais autorizados juristas lusitanos, de tanta influência em nossa formação processual, considerassem ‘a execução uma instância nova’ (Pereira e Souza), ou que ‘a execução é um juízo novo’ (Almeida e Souza - conhecido como Lobão), seguidos por consagrados autores brasileiros de antanho, como Paula Baptista e Leite Velho, doutrinadores brasileiros ao tempo dos Códigos Estaduais, e, depois, na vigência do Código de 1939 (fundados, sobretudo, no citado art. 196), sustentavam que ‘a execução é sempre um complemento, uma parte integrante da mesma ação’ (Fraga); ou ‘a execução não é mais que uma das fases do processo’ (Costa Carvalho); ou ‘a execução é a fase lógica e complementar da ação’ (Gabriel de Rezende Filho). Parte da doutrina de origem espanhola, na América, ainda se conserva presa a essa concepção, de que é exemplo ensinamento de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: ‘*En definitivo, creo más exacto hablar de fase procesal de conocimiento y de fase procesal de ejecución, que no de proceso de una y otra clase*’ [...] Entretanto, na literatura estrangeira e na brasileira, essa mesmo no tempo do Código de 1939, é sufragada a tese, de modo praticamente unânime, de que o processo de execução é independente do processo de conhecimento, ainda que o título exequendo seja uma sentença proferida nesse último. 5 O nosso diploma de 1973 se filiou expressamente à corrente doutrinária dominante [...] É, sem dúvida, a orientação correta quanto aos objetivos de cada atividade. Com o julgamento da lide, o Estado cumpre sua prestação jurisdicional, reconhecendo a favor do vencedor o que esse pleiteou na ação por via do processo de conhecimento, qualquer que seja o procedimento (comum ou especial). Daí por diante, o vencido, que se torna o devedor, poderá cumprir o julgado por ato espontâneo; ou, se não o fizer, poderá ser coagido a fazê-lo, por via do processo de execução, embora respeitados certos limites intangíveis da vontade humana, caso em que haverá sucedâneos legais para ser obtido, em tese, o mesmo resultado (v. g., obrigações infungíveis, transformadas em pagamento de perdas e danos). Entre as duas hipóteses, portanto, não se pode dizer que o processo de execução seja sempre indispensável. Se houver necessidade, poderá e deverá ser utilizado, pois não cabe ao vencedor, que se tornou credor, agir por si mesmo. Nada obsta, porém, a que nunca seja preciso invocar, novamente, a atividade jurisdicional, se o vencido (devedor) atuar voluntariamente, satisfazendo ao vencedor (credor); ou se jamais comportar quanto à pretensão do autor, conforme sua natureza, isso é, nas ações meramente declaratórias ou nas ações constitutivas, salvo, em ambas, quanto aos ônus processuais (custas e honorários de advogado). Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. Principais inovações no processo executivo brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, 1978. p. 37-56.

pensamento que vê a cognição e a execução como atividades distintas e ensejadoras de procedimentos diversos, pois ambas podem estar contidas no mesmo processo³⁹⁷.

Atualmente, há duas técnicas processuais capazes de viabilizar a execução de sentença: (I) o processo autônomo de execução, onde a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; (II) fase de execução, onde a execução ocorre dentro de um processo já existente, como uma de suas fases. É o legislador quem vai definir se a execução deve realizar-se mediante um processo autônomo, ou numa mera fase de um processo já existente. Trata-se de solução atinente à política legislativa, que pode variar ao sabor das contingências históricas, culturais, econômicas, ideológicas ou mesmo de preferências científicas adotadas em determinado tempo³⁹⁸.

Quando o juiz defere a petição inicial da ação autônoma de execução, por exemplo, mandando citar o executado para pagar o débito em três dias, conforme o artigo 829, CPC, já há o início da execução, que se sucederá, salvo ulterior decisão em contrário, até a satisfação do exequente. A cognição judicial, nesse caso, é incompleta, visto que o juiz, primeiramente, ou seja, antes de qualquer declaração com força de coisa julgada, executa. Dessa forma, deve ser afastada qualquer suposição quanto à ausência de cognição³⁹⁹. Nesse sentido é a lição de Pontes de Miranda, pois, “há sempre elemento de cognição em todas as execuções, porque o Estado não executa como automático; não é *aparelho de executar*, como esses em que se põe o níquel e sai o bombom; não é agente de reflexos incondicionados” (grifos do original)⁴⁰⁰. Conforme a lição de Fredie Didier Jr., o juízo positivo de admissibilidade do processo, que encerra a atividade cognitiva e corresponde à análise confirmatória do magistrado quanto aos requisitos de validade do procedimento, também é feito no processo de execução, assim como nas execuções sincréticas relativas ao pagamento de quantia⁴⁰¹.

Leonardo Greco, fazendo um apanhado acerca dos procedimentos executórios em diversos ordenamentos jurídicos, afirma que enquanto no direito italiano e no português, há um tratamento uniforme à tutela jurisdicional de execução, independentemente da natureza do título, seja judicial ou extrajudicial, o alemão, o francês e o espanhol conservam, em conjunto

³⁹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. O contraditório e a desconsideração da personalidade jurídica na execução de título judicial. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 66, 2009.

³⁹⁸ DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45-46.

³⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. O contraditório e a desconsideração da personalidade jurídica na execução de título judicial. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 66, 2009.

⁴⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. Tomo IX. p. 209.

⁴⁰¹ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23-41.

com a execução de sentença, um ou mais procedimentos cognitivos de estrutura monitória ou mistos de cognição e de execução, nos moldes do antigo *processus summarius* executivos e da ação executiva do Código de Processo Civil de 1939, para as cobranças oriundas de títulos extrajudiciais. Na França, alguns títulos extrajudiciais são exequíveis como as sentenças. Na execução mobiliária, os atos notariais são revestidos de fórmula executória, assim como os títulos expedidos por entes públicos ou decisões administrativas com força de sentença. Para os casos de letras de câmbio e faturas, há um procedimento de estrutura monitória documental, a chamada injunção de pagar. Na Espanha existem, junto com a execução de sentença, os *juicios ejecutivos* (processos de conhecimento com penhora incidente), aplicáveis a títulos extrajudiciais, embora a disciplina de muitos atos executórios, como a penhora e a arrematação, seja comum aos dois tipos de execução. No direito uruguaio, diferem o processo monitório documental para as demandas fundadas em títulos extrajudiciais e a *vía de apremio* para a execução de sentença de caráter expropriatório. Embora chamado de monitório, o primeiro se parece à ação executiva do Código de Processo Civil de 1939, com penhora incidente no processo de conhecimento. O autor ainda indica que o direito francês e o alemão regulam ainda em procedimentos diversos, a execução mobiliária e a imobiliária⁴⁰².

3.2 Execução como atividade desfavorável ao devedor e voltada para a tutela do crédito

Uma das formas de pensar a execução é a partir da expropriação, pois, nesse caso, o foco é a prestação devida, considerando que a decisão sem efetivação não possui qualquer serventia. Essa é uma das preocupações do Código de Processo Civil, em seus artigos 4º e 6º, na medida em que consagra princípios como o da duração razoável do processo e da primazia da resolução do mérito. A expropriação, como ato que subtrai forçosamente o patrimônio de alguém, é sempre traumática⁴⁰³. Nesse caso, a execução funciona como uma atividade jurisdicional de transformação da realidade. Tal atividade comporta uma verdadeira ingerência na esfera jurídica das pessoas e, portanto, é a que mais necessita de que nela se respeitem os princípios básicos da jurisdição (como o juiz predeterminado), do pessoal jurisdicional (como a independência do juiz) e do processo (como o contraditório). Assim,

⁴⁰² GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 8. p. 315-364.

⁴⁰³ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 32.

sempre que um devedor de obrigação revestida de certeza, liquidez e exigibilidade, representada por título executivo, deixar de cumpri-la, tornar-se-á legítima a atuação executiva da função jurisdicional, de forma a, transformada em realidade, produzir-se um resultado prático equivalente ao que se teria se o devedor tivesse voluntariamente adimplido⁴⁰⁴.

O princípio da menor onerosidade para o executado nada tem a ver com o valor do débito a ser ressarcido, considerando que o direito do credor deve ser integralmente satisfeito. Para isso, portanto, serão usados, tanto quanto possível, os meios gravosos⁴⁰⁵. O magistrado deve utilizar tal norma jurídica sem assumir papel paternalista, no sentido de não relegar o credor a posição de desvantagem, a fim de dificultar a realização de seu crédito, colocando em primeiro plano o seu justo pleito em receber o que lhe foi assegurado pelo ordenamento jurídico⁴⁰⁶. Não se deve, assim, entender a menor onerosidade como uma cláusula geral de proteção ao executado, visto que a mesma atua na análise da adequação e necessidade do meio menos gravoso, não no resultado a ser alcançado⁴⁰⁷. O constrangimento do devedor é da substância do procedimento executivo, e essa constatação deve nortear o embate entre a dignidade do devedor e o direito à efetivação do direito do credor⁴⁰⁸. Carnelutti, chegou a afirmar que a posição do credor, há muito tempo, encontra-se bem menos tutelada, não apenas no campo penal, como também na execução civil, do que a posição do devedor⁴⁰⁹.

A responsabilidade do juiz em subordinar os atos executórios à menor onerosidade possível para o devedor, obriga-o a não apenas atuar na função de mero aplicador da lei, mas de proferir decisões fundadas em critérios de conveniência e oportunidade. Em uma grande quantidade de casos, o juiz exerce poder decisório discricionário, como quando escolhe o meio executório menos oneroso para o devedor (art. 805, CPC), quando resolve dúvidas sobre a nomeação de bens à penhora (art. 847, CPC), quando escolhe o depositário ou o

⁴⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

⁴⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. §1º item 1. Versão eletrônica sem paginação. § 109. Item 548.4.

⁴⁰⁶ SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Teoria geral da execução e o código de processo civil brasileiro de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 40.

⁴⁰⁷ DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 78-81.

⁴⁰⁸ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 33.

⁴⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 303.

administrador de bens penhorados ou sujeitos a usufruto (art. 851, 862 e 869, CPC), na alienação antecipada de bens (art. 852, CPC), na autorização de locação (art. 896, § 3º, CPC), na alienação parcial de imóvel que comporte divisão cômoda (art. 894, CPC), no deferimento do usufruto por ser menos gravoso para o devedor e mais eficiente para o recebimento da dívida (art. 867, CPC), na decisão sobre arrematação global (art. 893, CPC), na decisão sobre o resultado prático equivalente de fazer infungível (art. 499, CPC)⁴¹⁰.

Hermes Zaneti Jr., por sua vez, afirma que um processo de execução por quantia certa não é justo se não estiver voltado para a tutela do crédito. Só haverá processo executivo justo, ou seja, devido processo legal, se este estiver voltado para a tutela do crédito. Afirma que o processo de execução gira em torno do interesse do credor, interesse do devedor e interesse público do Estado na aplicação da norma de direito material e na efetividade do mecanismo posto à disposição da atividade executiva, porém, reafirma que a finalidade da atividade executiva, na execução singular, é a tutela do crédito e que tal predominância deve orientar o intérprete na aplicação das normas jurídicas desse ramo processual. Assevera ainda que os ordenamentos jurídicos contemporâneos e a teoria do direito contemporânea reconhecem a existência do direito fundamental à execução, havendo também, direito fundamental à tutela processual adequada, efetiva e tempestiva, que no contexto do processo de execução de pagar quantia certa, serve à tutela do crédito, portanto, um direito fundamental à tutela processual do crédito⁴¹¹.

Nesse sentido, deve-se ter em conta que a execução, na perspectiva da expropriação, denota a necessidade de analisa-la tendo como finalidade a satisfação da dívida, e não apenas os seus atos constituintes. Uma proteção exagerada do devedor, depõe contra a imparcialidade e a necessidade de efetivar a tutela concedida, constituindo um embaraço ao acesso à justiça. Quando a execução interfere nos direitos do executado, não significa que está punindo-o, considerando que o acesso à justiça não é apenas direito de petição e nem de decisão, mas também de realização⁴¹².

Alexandre Freitas Câmara, inclusive, chegou a afirmar, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que o fenômeno da ineficiência da execução civil tinha como um

⁴¹⁰ GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos tribunais, vol. 94, 1999. p. 34-66.

⁴¹¹ ZANETI JR., Hermes. *Comentários do código de processo civil (arts. 824 ao 925)*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 37-55.

⁴¹² MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 36 e 58.

dos seus principais motivos, a tendência à superproteção do devedor. Afirma que o devedor, muitas vezes, é tratado como um “coitado”, o que leva a que a execução não se desenvolva de forma a cumprir seu objetivo de realização do direito do credor. Alude, a título de exemplo, ao tempo em que os embargos à execução eram recebidos com efeito suspensivo, fazendo com que a execução ficasse suspensa pelo mero fato de o executado ter apresentado defesa, vigorando a suspensão pelos menos até a prolação da decisão, em primeiro grau de jurisdição, a respeito da petição apresentada. Por esses e outros motivos, ainda na vigência do Código Buzaid, parcela da doutrina já sustentava a possibilidade de coerção/indução nas obrigações de pagar quantia, argumentação pautada no direito fundamental à tutela executiva⁴¹³.

Com o Código de Processo Civil de 2015, porém, a celeuma em torno da legalidade de tais medidas parece ter se encerrado, considerando a positivação do artigo 139, IV, CPC, repetida nos artigos 297 e 536, CPC, o que eliminou dúvida dogmática sobre a possibilidade aplicativa do instituto⁴¹⁴.

Em lição sobre o tema da execução sobre quantia certa, Leonardo Greco afirma que esta deve ser fortalecida. Defende que é preciso auxiliar o credor na procura do devedor e dos seus bens, pois o Estado tem o dever de propiciar ao credor todas as informações sobre o patrimônio do devedor. Cita que na França, a Administração Pública e a Previdência Social são obrigadas a prestar informações sobre os bens e rendas do devedor, no caso da execução de alimentos. Na Alemanha, denota que o devedor é convocado para uma audiência pessoal, na qual é obrigado a fornecer informações sobre os seus bens, sob pena de prisão de até seis meses. Na Suécia, O Código de Execução de 1982 criou a *Enforcement Authority* para promover a execução administrativa. No direito inglês, informa que as coações vão até o arresto do devedor, por meio do *contempt of court*. Nos Estados Unidos, afirma que o credor pode exigir a presença do devedor ou de terceiro a fim de prestar informações, sob pena de *contempt of court*. O autor ainda afirma que é preciso rever a questão acerca da

⁴¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

⁴¹⁴ AZEVEDO, Júlio Camargo de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Um novo capítulo na história das medidas executivas atípicas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/um-novo-capitulo-na-historia-das-medidas-executivas-atipicas-11062018>>. Acessado em: 02/02/2019.

impenhorabilidade de determinados bens, sugerindo que, para uma avaliação mais célere destes, o valor cadastral utilizado para a cobrança de tributos deve ser utilizado⁴¹⁵.

3.3 Execução como sanção

Enrico Tulio Liebman afirma que a execução é uma sanção imposta pela sentença condenatória. Reconhece, todavia, que o termo sanção pode ter um significado mais ou menos amplo, ocasião em que distingue entre a responsabilidade por perdas e danos como espécie de sanção civil, que é regulada pelo direito material, e a execução como forma de sanção processual, que possibilita o cumprimento da obrigação por meio da via executiva, regulada pelo direito processual⁴¹⁶.

Francesco Carnelutti, também afirma que a execução forçada ocorre mediante sanção, que é chamada a atuar quando da violação de determinado preceito⁴¹⁷. Cândido Rangel Dinamarco, afirma que a responsabilidade patrimonial ou executiva, conceitua-se “como a suscetibilidade de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva”⁴¹⁸.

Humberto Theodoro Júnior afirma que no âmbito civil, a sanção visa conseguir para o credor, a custa do patrimônio do devedor, o mesmo resultado (ou outro equivalente), que teria obtido com o cumprimento espontâneo da obrigação. Nessa ordem de ideias, enfatiza que com o processo de conhecimento chega-se, no primeiro estágio da atividade jurisdicional, ao accertamento do direito violado e, conseqüentemente, à aplicação da sanção ao devedor. Caso o devedor venha a cumprir o mandamento emergente da sentença, a aplicação da sanção definida se faz apenas por conta do processo de conhecimento. Porém, na hipótese do inadimplemento, caberá ao Estado adotar providências jurisdicionais concretas para que o direito do credor seja satisfeito de forma efetiva, o que ocorrerá pela execução forçada, que visa dar satisfação à pretensão do credor, onde se corporificam o direito do credor e a sanção

⁴¹⁵ GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315-364.

⁴¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 01-04.

⁴¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 288.

⁴¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. IV. p. 352 e ss.

a que se acha sujeito o devedor por não ter adimplido a obrigação. A execução forçada destinar-se, assim, a realizar a sanção por conta do inadimplemento⁴¹⁹.

Teori Albino Zavascki defende, por sua vez, que fazer vigorar a força coativa da sanção não constitui a função da sentença condenatória, mas sim da ação executiva que a ela posteriormente segue⁴²⁰. A atividade jurisdicional executiva, portanto, consiste em efetivar, coativamente, no plano fático, o resultado previsto no ordenamento jurídico, exigível em razão do fenômeno da incidência, que deveria ter sido alcançado pelo atendimento espontâneo⁴²¹. Nesse mesmo sentido, Barbosa Moreira afirma que a função da sentença condenatória é a declarar a sanção a que se sujeita o vencido⁴²².

Daniel Assumpção Amorim aponta como aspecto negativo da execução como sanção, a possível defesa de que as medidas executivas não poderiam recair sobre a pessoa do devedor, mas somente sobre o seu patrimônio. Registra que o Código de Processo Civil de 1973, tratava de forma diferente a execução da obrigação de pagar quantia certa e a execução das demais espécies de obrigação. Porém, o artigo 139, IV, CPC, torna homogêneo o tratamento quanto à adoção de medidas executivas das mais variadas naturezas, não havendo, atualmente, fundamento para qualquer distinção⁴²³.

Outro aspecto negativo que desponta ao se considerar a execução como sanção é a possibilidade de que os mecanismos de solução consensual de conflitos, que podem ser utilizados no caso de inadimplemento, sejam abandonados⁴²⁴.

3.4 Execução como realização da prestação devida

⁴¹⁹ THEODORO JR., Humberto. A execução forçada no processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 46, 1987. p. 152-164.

⁴²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 109, 2003. p. 45-56.

⁴²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8. p. 38.

⁴²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. *Temas de direito processual civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 72.

⁴²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 265, 2017. p. 107-150.

⁴²⁴ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 75.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira conceituam a execução como o ato de satisfazer uma prestação devida⁴²⁵.

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, ensina que a execução forçada é a atividade destinada à produção de um resultado prático equivalente ao que se produziria se o devedor de uma obrigação a tivesse voluntariamente adimplido⁴²⁶.

Tratar a execução por esse ponto de vista, significa que o credor, titular de um direito prestacional violado, ao exercer sua pretensão, não direciona os seus esforços, necessariamente, a um determinado meio executivo, mas sim à conduta em si. Quando o credor pede algo com base em um título executivo, cujo procedimento executivo está legalmente detalhado, esse é o caminho que deve ser preferido. É o caso dos títulos executivos extrajudiciais, onde o legislador entendeu por bem explicitar os atos executivos, o que impede o exequente, em regra, de pedir a efetivação de seu direito mediante um meio executivo não previsto. Tal vedação, porém, não é absoluta e autoriza exceções. Por outro lado, nos casos em que o procedimento executivo é aberto, como no caso do cumprimento de sentença de prestações de fazer ou não fazer, não há, preliminarmente, meio mais ou menos preferido. Nessas hipóteses, o que o credor pretende não é o meio, mas a tutela devida. As atenções não devem estar voltadas para atender, necessariamente, o meio solicitado, a não ser nos casos de imperativo legal, mas verificar se a tutela requerida será entregue a partir do caminho indicado. Quando alguém pede tutela mediante a chamada ação mandamental ou ação executiva, na verdade, não está interessado na ordem do juiz para que entregue algo, por exemplo, ou até mesmo na forma sub-rogatória a ser utilizada pelo Estado para a entrega da tutela. O jurisdicionado quer é o bem da vida em si⁴²⁷.

Como afirma Ovídio Baptista da Silva, a ação mandamental tem como finalidade obter, como eficácia preponderante da sentença de procedência, a emissão de uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou a não fazer algo. É da essência da ação mandamental que a sentença de procedência contenha uma ordem para

⁴²⁵ DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45.

⁴²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

⁴²⁷ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivos atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 83-85.

que se expeça mandado. Nesse tipo de sentença o juiz ordena e não simplesmente condena. Essa é a diferença que a torna distinta das outras sentenças próprias do processo de conhecimento⁴²⁸.

É importante que o devedor saiba o que irá acontecer em caso de inadimplemento, tendo em vista que o próprio legislador compreende a necessidade de se estabelecer expedientes executivos de maneira prévia, cabendo ao juiz segui-los quando isso ocorra. Mas, tendo em mente a execução como realização da prestação devida, evita-se a supervalorização da técnica em detrimento da prestação buscada pelo jurisdicionado. Não importa, portanto, se o processo executivo ocorrerá sem interrupção ao de conhecimento, em autos apartados ou em processo autônomo, nem se o juiz utilizará técnica distinta da requerida. A questão é se houve a efetiva entrega da tutela ao requerente. Deve-se perceber, todavia, que da perspectiva do devedor, os meios executivos definidos pelo legislador devem, em regra, ser utilizados primeiramente, excetuando-se aqueles proibidos expressamente, visto que os direitos do devedor não podem ser desrespeitados⁴²⁹.

Francesco Carnelutti, afirma “que o processo de execução não foi criado para dar ou tirar razão a algum dos litigantes, mas para proporcionar a satisfação de uma pretensão”⁴³⁰. Já Enrico Tulio Liebman preleciona que a responsabilidade executória consiste na destinação dos bens do vencido a servirem para satisfazer o direito do credor⁴³¹. Quando opta por determinada ação, o autor almeja não uma técnica específica, mas a tutela do direito. Caso técnicas distintas mostrem-se aptas a resolver o caso concreto, o magistrado deve utilizá-las, mesmo que a ação escolhida tenha sido outra, a não ser que os obstáculos sejam de ordem legal⁴³².

A execução, vista do ponto de vista do caráter instrumental do processo, determina que o resultado, do ponto de vista ideal, deva ser exatamente aquele almejado pela parte que dele necessita⁴³³. É o que Barbosa Moreira denomina como “postulado da máxima

⁴²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 2. p. 334.

⁴²⁹ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 87-88.

⁴³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 665.

⁴³¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 60.

⁴³² MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 90.

⁴³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação: propostas para minimizá-la. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 109, 2003. p. 134-147.

coincidência possível”⁴³⁴. É certo, portanto, que a tutela dos direitos, na execução, se volte a proporcionar ao credor um resultado prático igual ou equivalente ao que ele conseguiria se o devedor cumprisse, de forma espontânea, a obrigação jurídica consagrada no título executivo.

3.5 A natureza jurisdicional (ou administrativa) da execução

A função executiva, nas palavras de Guiseppe Chiovenda, também é jurisdição, visto que a execução é o escopo final do processo. Tal afirmação vem em contraponto àquilo que a doutrina italiana, em determinado período, tinha como opinião dominante, no sentido de que a execução constituía mero exercício de império, atividade administrativa⁴³⁵, onde se considerava que a jurisdição se restringia à cognição e se exauria com a sentença. Nesse contexto, o autor afirma que não existe execução apenas quando, no curso do procedimento executivo, surgem contestações que passíveis de resolução, porém, importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias. Deve-se ter a jurisdição, pois, como um complexo de atos de império reagrupados por determinado escopo que os caracteriza, e emanados em virtude dos poderes postos a serviço desse escopo e da jurisdição. Assevera ainda que é tradicional na Alemanha, a doutrina de que a execução implica jurisdição⁴³⁶.

Sobre o ponto acerca do processo de execução como administração, é importante que se traga a lição de Francesco Carnelutti, quando afirma que administrar é desenvolver uma atividade sobre determinada coisa, dirigida a fazê-la servir em proveito de alguém. Por ser um conceito técnico, não há incompatibilidade alguma entre este e as ideias de processo e de

⁴³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentença e ordens judiciais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 215 e ss.

⁴³⁵ Cândido Rangel Dinamarco afirma que antigamente na França, vigorava o princípio da autonomia dos oficiais de justiça, funcionários do rei, e não do juiz, que promoviam verdadeira execução administrativa. Hoje, todavia, a execução continua a ser efetivada diretamente por um oficial, embora subordinado à autoridade do juiz. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 87. No Brasil, conforme a lição de Leonardo Greco, o juiz exerce poder de administração quando “intervém na vida patrimonial do devedor, tornando-se responsável pela conservação dos seus bens e pela prática de uma série de negócios jurídicos em lugar do próprio devedor, a fim de atingir a finalidade precípua da execução que é a satisfação do credor, com o mínimo de prejuízo para o devedor”. Cf. GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94, 1999. p. 34-66. Alcides de Mendonça Lima, ao tratar das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 1973, em relação ao de 1939, afirmou que, embora ao magistrado tivessem sido outorgados mais poderes para gerir o processo, o caráter jurisdicional deste foi plenamente mantido, sem que exista a possibilidade de se vislumbrar uma feição administrativa, como alguns autores pretendiam dar à execução. Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. Principais inovações no processo executivo brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, 1978. p. 37-56.

⁴³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de direito processual civil*. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 21.

direito processual. Na realidade, afirma que no processo também há administração, pois nem o processo, nem nenhum outro mecanismo do direito podem ser subtraídas às leis da economia. Ou seja, tal atividade é regida pelas leis da economia, das quais não podem escapar. Porém, afirma que é um equívoco a persistente inclinação em contemplar como administrativa a atividade que se desenvolve na execução civil, e, mais ainda no processo penal. Defende que o equívoco se estabelece, exatamente, entre a administração em sentido técnico e a administração em sentido jurídico, pois, é certo que na execução civil, como também na penal, administra-se, mas, a característica jurídica deriva em tais casos não de seu conteúdo, mas da finalidade. Como critérios para a diferença entre administração material e administração jurídica, entre outros, aponta a própria separação entre os atos materiais e jurídicos, ou seja, a diferença que se apresenta, por exemplo, entre alimentar e depositar um animal ou alugá-lo, ou entre cultivar por si próprio o imóvel ou fazer cultivar por meio de contratos de parceria ou de trabalho. Aponta o depósito, a entrega, o transporte e a exposição da coisa, como atos de administração material. Por outro lado, dentre os atos de administração jurídica, destaca a venda dos bens penhorados⁴³⁷. Citando as lições de Francesco Carnelutti, Leonardo Greco assevera que o exercício do poder de administração não significa que a execução corresponda à função administrativa do Estado, pois esta é dilatada pelo interesse público, enquanto aquela visa a cuidar dos interesses particulares dos litigantes, o que constitui finalidade característica da função jurisdicional⁴³⁸.

Enrico Allorio negava que a execução possuía caráter jurisdicional. Para ele, a execução era uma atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário e passível de enquadramento no campo da jurisdição voluntária. O pensamento do autor era no sentido de que a jurisdição encerrava-se na declaração do direito e na conseqüente formação da coisa julgada, de modo que qualquer atividade posterior destinada a tornar concreta a decisão judicial seria realizada depois de já prestada a tutela jurisdicional⁴³⁹.

Refutando a ideia, Heitor Sica afirma que tal concepção mostrava-se incompatível com a ideia, já disseminada na primeira metade do século XX e no século XXI, de que a solução de conflitos exigiria algo mais que o simples reconhecimento do direito pela sentença

⁴³⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 58

⁴³⁸ GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94, 1999. p. 34-66.

⁴³⁹ ALLORIO, Enrico. Problemas de derecho procesal Tradução de Santiago Sentir Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. Tomo II. p.3-46 *apud* SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 161.

coberta pela coisa julgada. O autor cita, em sede de doutrina brasileira, a opinião de Celso Neves, para quem a execução não encerraria exercício de jurisdição, pois tratava-se de *jurissatisfação*. Ainda conforme Heitor Sica, não parece que Celso Neves tenha chegado a efetivamente reconhecer a natureza administrativa da execução, pois sua posição, assim como a de Enrico Allorio, tinha como premissa que o conceito de jurisdição estava umbilicalmente ligado à dicção do direito no caso concreto e à formação de coisa julgada, fenômeno que seria inexistente no processo de execução. Portanto, afirma que resta pacificada a doutrina e a jurisprudência acerca da natureza jurisdicional da execução judicial, ao menos à luz das escolhas efetuadas pelo legislador brasileiro até o momento⁴⁴⁰.

Dalton Sausen também afirma que, atualmente, encontra-se superado, a despeito de embates doutrinários que envolveram o tema, o entendimento de que não há jurisdição ou atividade jurisdicional na execução, ou seja, de que neste, ao contrário da fase de conhecimento, somente haveria atividade administrativa. É inegável, segundo afirma, a natureza do interesse público na execução⁴⁴¹⁻⁴⁴².

Leonardo Greco, tratando sobre o papel do juiz no processo de execução, demonstra que enquanto Espanha, Portugal e os países ibero-americanos, mantendo a tradição romano-germânica, atribuem ao magistrado a função de conduzir todos os atos executórios pessoalmente, os demais países europeus afastam-se desse sistema e instituem um processo de execução conduzido diretamente por um auxiliar do juízo, investido pelo exequente como um verdadeiro mandatário, com poderes amplos de escolher os bens a penhorar e alienar, no sentido de efetuar o pagamento ao credor. Nesses países, o juiz somente intervém quando há a necessidade de rever algum ato do auxiliar judiciário, por provocação de uma das partes ou de terceiro, ou até mesmo mediante consulta do próprio oficial. Na Itália, Alemanha e França, a execução se inicia com atos do oficial de justiça, provocados pelo exequente, intervindo o juiz depois de consumada a agressão ao patrimônio do executado ou se ocorrer algum incidente. O juiz, somente atua diretamente nas obrigações de fazer. Já no direito norte-americano, apesar de a execução iniciar-se por ordem do juiz, os atos executórios são praticados por um

⁴⁴⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 161.

⁴⁴¹ SAUSEN, Dalton. Da alienação por iniciativa particular. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 158, 2008. p. 107-134.

⁴⁴² É importante levar em conta, ao tratar sobre a execução por esse prisma, que há na doutrina quem indique que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 poderia ter aproveitado o momento “para extrajudicializar alguns atos executivos, ou, pelo menos, descentralizá-los da figura do juiz”. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acessado em: 02/02/2019.

funcionário que possui elevada autonomia, normalmente o *sheriff*, que não efetua apenas a penhora, mas também encarrega-se de alienar bens penhorados em leilão público⁴⁴³.

3.6 Tipicidade e atipicidade na execução

Considerando que uma determinada decisão judicial é apenas uma parcela da prestação jurisdicional, deve-se levar em conta a necessidade de que existam meios aptos a executá-la, visto que a sentença que tenha o dever de repercutir sobre a realidade para a prestação da tutela jurisdicional deve ser ligada a meios de execução capazes de proporcionar o resultado por ela almejado. A decisão que tenha que interferir na realidade fática, mas que seja destituída de meios de execução, não serve para a prestação da tutela jurisdicional. Luiz Guilherme Marinoni afirma que o direito liberal limitou os poderes do Judiciário, pois definiu os meios de execução que poderiam ser utilizados por ele, para depois evidenciar que nenhum outro meio executivo poderia ser utilizado quando da execução da condenação. Dessa forma, se o pronunciamento judicial de cunho condenatório é ligado a meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz trabalhar com qualquer outro meio executivo, controlando-se, com isso, o arbítrio. O conceito de condenação, que é estabelecido a partir da correlação com os meios de execução tipificados na lei, do ponto de vista liberal, tem origem na necessidade de garantia da liberdade do cidadão⁴⁴⁴. A preocupação em controlar o poder executivo do juiz é intimamente ligada aos valores do Estado liberal-clássico, considerando a necessidade de impedir a interferência estatal na esfera jurídica dos cidadãos. A lei, nesse caso, seria uma garantia de justiça das partes no processo, visto que define os limites de atuação executiva do juiz. A subordinação do exercício da execução aos meios executivos estampados na lei influenciou o Código de Processo Civil de 1973⁴⁴⁵. Os sistemas típicos, portanto, relacionam-se com a contenção do poder judicial, supondo que tal relação necessária

⁴⁴³ GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94, 1999. p. 34-66.

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38; MINAMI, M. Y. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15 – do processo para além da decisão. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 218-231.

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-246.

protege a esfera de liberdade do cidadão contra a possibilidade de arbítrio do Estado⁴⁴⁶. Na França, depois da Revolução Francesa, considerando os abusos cometidos pela chamada aristocracia judicial, grande era a desconfiança que pairava sobre os juízes gerando uma diminuição drástica de seus poderes⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸. A visão da doutrina da época do Estado liberal visava garantir a liberdade do executado, por meio da ideia de que a esfera jurídica do devedor apenas poderia ser invadida mediante os meios de execução previamente definidos pelo legislador⁴⁴⁹.

A doutrina conceitua o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos como a expressão da ideia de que os meios de execução devem estar previstos em lei, pois nesse caso a execução não pode ocorrer por meio de formas executivas não tipificadas. Limitando a execução aos meios estabelecidos na lei, tal princípio objetiva garantir o jurisdicionado contra a possibilidade de arbítrio na utilização da modalidade executiva. O pressuposto desse princípio é justamente a garantia aos cidadãos do direito de saber de que forma as suas esferas jurídicas serão invadidas quando a sentença de procedência não for observada. Há, atualmente, inclusive, a tendência a reconhecer-se a criação de uma espécie de poder geral de

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁴⁷ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 39 e ss.

⁴⁴⁸ Sobre o ponto, Bruno Torrano, ao tratar sobre uma primeira fase do positivismo jurídico, descreve-a como tendente a uma crítica bastante forte ao direito natural. Para o autor, “há, nessa primeira fase histórica do positivismo, que coincide com o surgimento do Estado moderno e o entusiasmo acerca do conceito de ‘soberania’ no âmbito da filosofia política, um tipo de ‘aniquilamento’ do direito natural no sentido mais radical da palavra. A rejeição aos predicados tradicionais do direito natural ocorre lado a lado com a afirmação da legitimidade do Poder Político, em ordem a afastar qualquer vã esperança, de revolucionários ou desobedientes, de elevar sistemas normativos concorrentes ao mesmo patamar de autoridade daquilo que já havia sido consentido como direito pela comunidade. A exortação feita pelo positivismo jurídico dessa época é de obediência e de aplicação do direito posto, em contraposição a sistemas de valores tendentes a colocar em risco os propósitos da criação do Estado soberano. Não cabia ao aplicador do direito, por conseguinte, fazer mais do que repetir as palavras da lei, palavras que eram consideradas claras, coerentes, e derivadas de um sistema de normas completo e fechado. Jaz aí o âmago da teoria interpretativa, por exemplo, do positivismo exegético ou legalista, que, suspeitando radicalmente dos poderes criativos dos magistrados, formulava teses descritivamente insustentáveis – como a de que os Tribunais ‘nunca’ criam direito – e normativamente inconvenientes – como a de que o juiz deve ser ‘a boca da lei’” TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 65. Cabe ainda indicar a observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., quando afirma que a doutrina sobre a interpretação no âmbito das normas jurídicas dividiu-se em dois grupos, conforme fosse a vontade do legislador (teoria subjetivista) ou a vontade da lei (teoria objetivista), afirma que “não deixa de ser curioso que, nos movimentos revolucionários, o direito anterior à revolução é relativizado e atualizado em função da nova situação, predominando a doutrina objetivista, muito embora, quanto ao direito novo, pós-revolucionário, tenda-se a privilegiar a vontade do legislador e as soluções legislativas sobre as judiciais, com tendências nitidamente subjetivistas” FERRAZ JR., Tércio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

⁴⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

efetivação, que permite que o magistrado utilize todos os meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam de coerção direta ou indireta⁴⁵⁰.

Ao tratar sobre o conceito de *meio*, percebe-se que este é caracterizado como o plano, método ou expediente adotado para se chegar a determinado fim. No âmbito da execução, o objetivo é a realização da prestação constante do título executivo. Por essa razão, os meios executivos também são chamados de medidas de efetivação, correspondendo aos expedientes ou providências necessárias para que se venha a atingir uma meta executiva. Há diversos exemplos, como a indicação de bem a penhora, a permissão de acesso a determinado lugar para que se possa avaliar se há ou não bens que possam ser utilizados na satisfação da obrigação, o bloqueio de valores depositados em bancos, a abertura de um cofre, a alienação de bens pelo Estado, a cominação de multa para o caso de descumprimento de uma decisão, a indicação de um endereço para a realização de determinada busca e apreensão ou para que lá impeça determinado fato de ocorrer etc.⁴⁵¹. Há doutrina a indicar que os meios executórios surgiram na Alemanha do século dezanove, no campo da execução do *facere* fungível e infungível. Contemporaneamente, tais meios formam o conjunto de poderes executórios do órgão jurisdicional, consistindo na articulação de dois ou mais atos executivos, concretamente⁴⁵².

Os atos executivos encadeiam-se e articulam-se em grandes operações, consubstanciadas, justamente, nos meios executórios. Araken de Assis, elenca-os como aptos a eliminar os efeitos de infrações a algum direito, o que se consumaria na entrega ao exequente da mesma situação lesionada, reconstruindo a feição originária do respectivo direito; impedindo a própria infração do direito, como também a repetição do ato lesivo. No que tange a prestação a ser realizada, esta pode ser uma coisa certa ou incerta, soma em dinheiro, atividade ou uma abstenção do executado⁴⁵³. Para que o Estado possa chegar aos fins acima descritos, três caminhos são possíveis, são eles: (I) a realização das ações necessárias à realização da prestação devida; (II) a coação do executado, ou de um terceiro; (III) ou ocorre a combinação de ações e técnicas por parte do Estado, do executado ou do

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-246.

⁴⁵¹ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 141-142.

⁴⁵² ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁴⁵³ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. IV. § 5. Item 19. Versão eletrônica sem paginação.

terceiro. A depender do tipo de providência, a execução poderá ser classificada como direta ou indireta⁴⁵⁴.

Para José Miguel Garcia Medina, o modelo baseado na tipicidade das medidas executivas busca alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e as questões que emergem da sociedade sejam similares. Em tais casos, o autor defende que é até conveniente a previsão de medidas iguais para casos em que problemas parecidos se reproduzem, a fim de que se observe um procedimento similar para aqueles que estejam na mesma situação. Porém, quando o modelo típico de medidas executivas mostra-se insuficiente, é necessário que se efetue um ajuste tendente a especificar o procedimento, ajustando-o ao caso concreto. Para tanto, é preciso que o sistema preveja um modelo atípico ou flexível de medidas executivas. Dessa forma, diante de um modelo de medidas executivas típicas, na hipótese de déficit procedimental, será necessário que o magistrado estabeleça medida executiva adequada ao caso⁴⁵⁵.

Marcelo Lima Guerra observa que a opção por um sistema típico de tutela executiva possui clara inspiração no princípio da legalidade, que é basilar do Estado de Direito, onde há a fixação em lei, o máximo possível, das sanções a serem aplicadas pelos órgãos jurisdicionais, assim como os procedimentos a serem adotados por eles, com vistas, justamente, à eliminação do arbítrio judicial e à preservação da segurança jurídica. Porém, acredita que não há como ignorar a insuficiência da técnica legislativa, também no terreno da execução forçada, diante da necessidade de adaptação às demandas advindas das relações interpessoais a serem disciplinadas pelo direito. Afirma, nesse contexto, que a previsão de todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva e a preordenação dos meios executivos diferenciados, é tarefa que foge às possibilidades do legislador⁴⁵⁶.

Com fundamento na motivação constitucional advinda do Estado social, e com foco na realização dos direitos do cidadão, inclusive no direito à tutela justa e efetiva, houve a necessidade de que o juiz saísse de uma postura tímida e inerte para assumir uma conduta participativa e comprometida com a entrega, em tempo razoável, da tutela jurisdicional. O legislador processual, por meio da introdução de novas técnicas, tem demandado esse papel participativo do julgador. Dessa forma, a atipicidade dos meios executivos foi impulsionada

⁴⁵⁴ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 142-143.

⁴⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁵⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66-67.

pela nova ordem constitucional, donde percebe-se, em determinado caso concreto, a utilização do meio executivo mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva. Marcelo Abelha afirma, com base em tais premissas, que o juiz não está mais adstrito ao itinerário de meios executivos previstos pelo legislador, pois poderá lançar mão de medidas necessárias para realizar a norma concreta⁴⁵⁷.

A transformação do Estado, que de inimigo público passou a ser visto como alguém que coloca-se ao lado do cidadão, que deve zelar pela proteção dos seus direitos e por consequência, deve garantir a necessária tutela efetiva dos direitos, fez com que o legislador viesse a romper com o engessamento do poder executivo do juiz, dando-lhe a mobilidade necessária para prestar a tutela efetiva aos direitos⁴⁵⁸. A adoção da atipicidade dos meios executivos consagra, de uma vez por todas, a postura irreversível do legislador brasileiro de transformar o papel e a atuação do magistrado, de mero espectador (postura típica do Estado liberal), em partícipe (postura típica do Estado social), na busca da efetividade da tutela jurisdicional⁴⁵⁹. É preciso perceber que o passado histórico das medidas coercitivas voltadas à garantia da executividade dos provimentos jurisdicionais, antes de efetuar um contraste com um modelo constitucional de processo civil, encontra no constitucionalismo contemporâneo o seu fundamento, a efetividade da tutela jurisdicional constitui a nota característica das reformas processuais ocorridas a partir da segunda metade do século XX. A superação do paradigma liberal de processo, foi o escopo da superação de tal movimento, que, em termos executivos, reprimia atos de coerção incidentes sobre a esfera de vontade do executado, apenas admitindo atos expropriatórios sobre o patrimônio do devedor. Desde então, a tutela jurisdicional executiva, passou a ser incorporada enquanto direito fundamental pelas legislações modernas, posicionamento referendado pelo Corte Europeia de Direitos Humanos a partir de 1947, à luz da duração razoável do processo. Afinal, a não implementação do comando contido na sentença, além de frustrar a realização do direito material, colocava em xeque a própria credibilidade da atividade jurisdicional⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Capítulo III Item 5. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁵⁹ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Capítulo III Item 5. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁶⁰ AZEVEDO, Júlio Camargo de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Um novo capítulo na história das medidas executivas atípicas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/um-novo-capitulo-na-historia-das-medidas-executivas-atipicas-11062018>>. Acessado em: 02/02/2019.

Com o passar do tempo a desconfiança existente sobre os magistrados recuou e ganhou força a percepção que, decisões que conferiam direitos sem meios de efetivá-los de nada ou pouco adiantariam. Marcos Youji Minami dá conta que uma das primeiras medidas modernas para efetivar as decisões jurisdicionais surgiu para mitigar a regra criada pelo liberalismo, constante do artigo 1.142 do Código Civil francês, que indicava da impossibilidade de compelir o devedor de uma obrigação de fazer, quando inadimplente, a realizar a conduta devida, considerando que essa seria resolvida em pecúnia, por meio de indenização⁴⁶¹.

Araken de Assis afirma que com o passar do tempo, foram surgindo, em sede de direito comparado, novas medidas que possibilitavam a satisfação da obrigação pelo exequente. No direito alemão, houve a criação de um regime misto condenando o executado ao pagamento de uma soma em dinheiro pelo inadimplemento e, quando isso não fosse viável, a ameaça de prisão. Nos países de *common law*, atos de recalcitrância contra decisões judiciais são tidos como atos atentatórios à dignidade da justiça⁴⁶².

No âmbito nacional, um dos primeiros marcos legislativos que buscou prestigiar a tutela específica, operou-se pelo Decreto-lei 58/97, com a criação do compromisso irretratável de compra e venda, obrigando o promitente-vendedor a transferir a propriedade da coisa alienada após o pagamento integral do acordo, sob pena de adjudicação judicial compulsória. Mais recentemente, os artigos 84 do Código de Defesa do consumidor e 461 do Código de Processo Civil de 1973, trouxeram conteúdos normativos que autorizavam o magistrado a conceder tutela específica em determinadas situações⁴⁶³. Alcides de Mendonça Lima, ao tratar sobre as inovações que o derogado Código de Processo Civil de 1973, trouxe, em relação ao Código de Processo Civil de 1939, destacou o poder de iniciativa concedido ao juiz na direção do processo⁴⁶⁴.

Todavia, Alexandre Freitas Câmara pontua que na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, de um modo geral, o juiz da execução ainda estava adstrito aos meios

⁴⁶¹ MINAMI, Marcos Youji. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15 – do processo para além da decisão. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 219.

⁴⁶² ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁶³ MINAMI, Marcos Youji. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15 – do processo para além da decisão. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 218-221.

⁴⁶⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. Principais inovações no processo executivo brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, 1978. p. 37-56.

executivos expressamente previstos na lei, demonstrando, assim, uma tipicidade dos meios de execução da qual dificilmente se conseguia escapar. Cita o caso de obrigações pecuniárias, que se dão, normalmente, por meio da penhora e expropriação de bens, afirmando como certo, que em grande parte dos ordenamentos a expropriação de dá em hasta pública ou pela entrega do bem penhorado ao exequente. Porém, afirma que o sistema, em alguns casos, já atribuía ao magistrado o poder de utilizar meios executivos atípicos que não estivessem expressamente previstos em lei. É o caso, por exemplo, do já citado sistema inaugurado pelo artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, que permitia ao juiz valer-se de todos os meios necessários para a obtenção da tutela jurisdicional específica ou, pelos menos, do equivalente prático. Ainda à guisa de exemplo, cita a prática consolidada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (constante, inclusive do enunciado 144 da Súmula do Tribunal), onde, nos processos em que se reconhece ter sido indevida a inscrição do nome do devedor em algum cadastro de inadimplentes, não se fixa prazo para que o demandado providencie a baixa, sob pena de multa, mas, opta-se pela determinação, por parte do juízo, de ofício dirigido ao órgão mantenedor do cadastro, para que se proceda ao imediato cancelamento da inscrição⁴⁶⁵.

Fredie Didier Júnior afirma que um conceito de jurisdição adequado ao atual estado da arte do processo, deve levar em conta as transformações operadas nesse ramo do direito nos últimos anos. Tais mudanças passam por uma valorização da força normativa da Constituição, principalmente no âmbito das normas qualificadas como normas-princípio, que demandam uma postura diferente do órgão jurisdicional considerando a resolução dos conflitos, ou seja, o cenário em que tais normas devem ser aplicadas, bem como a alteração da técnica legislativa, visto que o legislador contemporâneo têm como válida a técnica das cláusulas abertas - ou seja, normas jurídicas com suportes fáticos abstratos, de difícil determinação - o que deixa o sistema normativo mais aberto, e que, nas palavras do autor, transfere expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de complementar a criação da norma jurídica quando da sua aplicação, considerando que tal possibilidade é inerente à própria técnica incorporada na norma⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

⁴⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Vol. I. p. 156.

Diante da necessidade de acompanhamento das mudanças das relações interpessoais, têm-se como inevitável a realidade em que o princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao princípio da concentração dos poderes do juiz ou princípio da atipicidade. Atualmente, há uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se o que a doutrina tem chamado de poder geral de efetivação, que permite ao julgador utilizar-se dos meios executivos que considerar adequados à solução do caso concreto⁴⁶⁷. A miríade de prestações possíveis de tutela jurídica e a necessidade de procedimentos executivos não detalhados em lei, como ocorre com o cumprimento de sentença de prestações não pecuniárias, causa importantes efeitos colaterais, considerando a enorme quantidade de possibilidades de procura ao judiciário, que tem, por outro lado, uma quase infinidade de possíveis respostas⁴⁶⁸.

Os meios previstos no sistema processual brasileiro anterior parecem ter se mostrado insuficientes para proporcionar uma tutela executiva adequada a grande parte das obrigações de fazer e de não fazer, visto a crescente complexidade dos conteúdos dessas obrigações, que, por sua vez, é consequência da igualmente crescente complexidade da vida social contemporânea. Todas as situações de insuficiência de meios executivos podem ser vistas como denegação de tutela jurisdicional executiva⁴⁶⁹. Por outro lado, há uma grande complexidade no que concerne ao papel dos órgãos jurisdicionais, variando o âmbito das escolhas que o legislador reserva a si mesmo ou atribui ao juiz, quanto ao emprego de remédio executivo adequado a determinado caso concreto⁴⁷⁰. Havia, de fato, uma demanda para a permissão de utilização de meios atípicos, aptos a amplificar a eficácia do processo⁴⁷¹. Os termos tipicidade e atipicidade das formas executivas relacionam-se com a averiguação da correlação, imposta por determinado sistema judiciário, entre as espécies de prestação. Nesse caso, quando o sistema impõe necessariamente o emprego de determinada técnica para a

⁴⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 267, 2017. p. 227-272; MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-246.

⁴⁶⁸ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 83.

⁴⁶⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 69.

⁴⁷⁰ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista da processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 59, 1990. p. 72-97.

⁴⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

tutela de certa prestação, afirma-se que vige a tipicidade das formas executivas, porém, quando o sistema é aberto, permitindo ao magistrado a eleição da melhor técnica, ele é chamado de atípico⁴⁷².

Portanto, a evolução da sociedade e o surgimento de situações de direito substancial novas, revelaram a insuficiência do procedimento comum e dos meios de execução típicos. A possível falência dos meios executivos típicos deve-se, também, à premissa de que lhe serve de fundamento, qual seja, que as necessidades oriundas das várias situações de direito material podem ser igualizadas e, portanto, contentarem-se com os mesmos meios executivos. A questão é que tal premissa parece ignorar que a função judicial está cada vez mais ligada à aplicação da norma jurídica, ou seja, ao caso concreto. A multiplicidade de situações de direito material implica num tratamento diferenciado no âmbito do processo, especialmente em relação aos meios executivos⁴⁷³. Deixa-se claro a partir de então que, para o processo tutelar de forma efetiva as várias situações de direito substancial, é indispensável não apenas procedimentos e sentenças diferenciados, mas, que o autor e o juiz tenham amplo poder para requerer e determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto⁴⁷⁴.

Araken de Assis afirma que, em se tratando de execução, a lei relegou largos espaços ao juiz para uso de poderes discricionários, no sentido do direito processual. Veiculada a pretensão a executar, nenhum estímulo externo do exequente requer-se para a efetivação de qualquer ato do processo. Por essa razão, avultam os poderes de direção do juiz, que, em largueza e profundidade, desconhecem limites precisos. Por isso é tão importante o papel do órgão jurisdicional na realização do programa constitucional⁴⁷⁵.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, ensina que a necessidade de efetividade da tutela dos direitos constituiu o fundamento dos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973. Os artigos 461 e 461-A oportunizaram a unificação dos processos de conhecimento e de execução, transformando o processo de execução em mera fase do processo de conhecimento, o que viabilizou a determinação de meios de execução e a imposição de multa na própria sentença. Além disso, esses três dispositivos passaram a

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-246.

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º item 6.1. Versão eletrônica sem paginação.

admitir de forma expressa a tutela antecipada no processo de conhecimento⁴⁷⁶. Deve-se pontuar, todavia, que os sistemas executivos dos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil de 1973, eram totalmente diferentes, no que diz respeito ao poder jurisdicional de execução, do sistema executivo originariamente concebido por aquele código, com base nas formulações da doutrina processual clássica, pois esta, ao conceber o seu sistema processual executivo, outorgou o mínimo de poder ao juiz, considerando, como já afirmado, a preocupação da doutrina da época do Estado liberal no intuito de proteger a esfera jurídica de liberdade do cidadão contra a possibilidade de arbítrio do Estado e contra o uso indevido do poder jurisdicional. O rompimento com a tradição da tipicidade, que denotava uma insuficiência, muito por conta dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973, passou, então, a autorizar o juiz a determinar a modalidade de execução adequada a cada caso concreto⁴⁷⁷.

Sendo a atividade executiva destinada a atribuir, na prática, aquilo que o titular de um direito tem de receber, é de fundamental importância, para que o processo civil seja verdadeiramente eficaz, que haja eficiência na execução. Impõe-se, portanto, que o processo civil seja capaz de produzir, em tempo razoável, o resultado prático que dela normalmente se espera. Mesmo com as reformas operadas no Código de Processo Civil de 1973, a ineficiência na atividade executiva era tida não como algo relegado a uma região ou até mesmo a um específico país, mas sim, um fenômeno mundial, algo globalizado. Alexandre Freitas Câmara traz diversos exemplos de ordenamentos processuais que foram reformados para que se modificasse o sistema da execução civil, como na Espanha em 2000, Rússia em 2002, Portugal em 2003, Itália em 2005, Honduras em 2007, entre outros⁴⁷⁸.

No que tange ao Código de Processo Civil de 2015, a atipicidade dos meios executivos está prevista nos artigos 139, IV e 536, sendo este para cumprimento de sentença referente a qualquer obrigação específica (fazer e não fazer e entrega de coisa, nos moldes do artigo 538, CPC). A atipicidade também se aplica para a efetivação de tutela provisória, nos

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-246.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

termos do artigo 297, CPC⁴⁷⁹. Nas palavras de Marcelo Abelha, a grande novidade expressamente demarcada no citado artigo 139, CPC, é a possibilidade de o magistrado cumular com os meios típicos, os coercitivos e indutivos que lhes parecem adequados para melhor obtenção de tutela, inclusive pecuniária⁴⁸⁰.

O artigo 139, IV do Código de Processo Civil determina que incumbe ao magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que se façam necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Araken de Assis defende que o conteúdo substancial da regra constante do artigo 139, IV, CPC, abstraídas as particularidades da redação, não agasalha inovação de vulto. Em primeiro lugar porque cuida dos mecanismos de cumprimento de ordem judicial, versando, portanto, sobre assunto próprio da função executiva, ou seja, sobre os meios executórios, sobre o como fazer a execução forçada, conferindo ao órgão jurisdicional poderes indeterminados e sem relação obrigatória com o objetivo genérico da atividade executiva, vez que consagra a utilização da atipicidade dos meios executivos, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, indo, nesta parte, além do direito anterior. Como essencial, percebe-se, porém, que a possibilidade de utilização de meios executivos atípicos já era prevista na execução de obrigações de fazer e de não fazer e de entrega de coisa quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973⁴⁸¹.

Os meios executórios, como dito, consistem na reunião de atos executivos, organizados no procedimento, endereçados à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Tais meios veiculam a força executiva que se faz presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória⁴⁸².

Os meios indutivos visam fazer com que o executado preste voluntariamente a obrigação. Sobreleva-se, nesse âmbito, a multa pecuniária cumulativa ou astreinte, o protesto do título judicial após o respectivo trânsito em julgado, nos termos do artigo 517, CPC, a

⁴⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 101.

⁴⁸⁰ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Capítulo III Item 5. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁸¹ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁴⁸² ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º item 2. Versão eletrônica sem paginação.

inscrição do nome do executado no cadastro de inadimplentes, conforme o artigo 782, § 3º, CPC, de resto, aplicável ao cumprimento de sentença (artigo 771, CPC)⁴⁸³. São geralmente classificados pela doutrina como meios de execução indireta, pois, assim como as medidas coercitivas, buscam estimular o devedor a cumprir, ele mesmo, o que fora determinado na decisão judicial, ou seja, exercem verdadeira pressão psicológica a fim de que o executado cumpra a obrigação⁴⁸⁴.

Sobre o tema, é importante que se indique a opinião de Marcos Youji Minami, quando assevera que conquanto o artigo 139, IV, CPC, enuncie a possibilidade de utilização de quatro medidas (indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias) são apenas duas as categorias possíveis, quais sejam, *coerção e sub-rogação*. As medidas de sub-rogação consistem em atos realizados pelo Estado-juiz ou por alguém que o auxilie, direta ou indiretamente. Um exemplo de ato praticado diretamente pelo juiz é a determinação para que se tornem indisponíveis ativos financeiros do executado, nos termos do artigo 854, CPC. Já um caso de auxílio direito consiste na ação de agentes estatais, como o oficial de justiça, que pode retirar bens do devedor. A hipótese de auxílio direito também consta do artigo 817, CPC. Tradicionalmente, os meios executórios de sub-rogação são classificados em três categorias: (I) desapossamento; (II) transformação e (III) expropriação. No primeiro caso, há a procura e o encontro do bem, para logo após se entregar a coisa ao exequente. Na transformação, a prestação é consistente em uma obrigação de fazer fungível, a ser realizada por um terceiro, por meio do pagamento adiantado do credor e futuramente cobrado do devedor, conforme os artigos 817 a 819, CPC. Saliente-se que, nos termos do artigo 820, CPC, a prestação pode ser executada pelo próprio exequente, ou sob a sua direção e vigilância. Finalmente, a expropriação é a realização de adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimento e de outros bens, conforme o artigo 825, CPC. Para que se evite as medidas de sub-rogação, existem as medidas coercitivas. Por meio delas, mediante o oferecimento de melhora na situação do executado ou ameaça de piora dessa situação, o Estado-juiz o coage para que realize, ou determinada prestação, ou uma ação sem a qual a efetivação tornar-se-á impraticável⁴⁸⁵.

⁴⁸³ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º item 19. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁸⁴ OLIVEIRA, Diego Henrique Nobre de. Algumas questões sobre as astreintes e seu regramento no novo código de processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 173.

⁴⁸⁵ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 147 e ss.

Ainda pode-se perceber o tema do ponto de vista da necessidade de existência de cooperação do executado, falando-se, portanto, de execução direta e indireta, ocorrida esta quando a finalidade precípua do meio executório reside no induzimento da vontade do executado. Araken de Assis também divide os meios executórios em dois tipos, quais sejam, sub-rogação (execução direta) e coerção (execução indireta). O autor divide os meios de coerção em duas espécies: (I) coerção pessoal e (II) coerção patrimonial. Já os meios de sub-rogação se repartem em três classes: (I) transformação, (II) desapossamento e (III) expropriação⁴⁸⁶.

No contexto de tais medidas, deve-se pontuar o paralelo existente entre as medidas indutivas e as medidas coercitivas. Consideram-se indutivas as medidas aptas a influenciar o sujeito a adotar determinada conduta. Podem ocorrer mediante a ameaça de uma sanção, caso o executado não adote a conduta desejada (indução negativa) ou de uma vantagem, caso ele a adote (indução positiva). Eduardo Talamini afirma que a indução negativa foi referida pelo artigo 139, IV, CPC, como medida coercitiva. Logo, conforme o autor, a referência à indução positiva (consistente na oferta de prêmios e incentivos para o cumprimento da decisão judicial) trata-se de sanção premial ou positiva⁴⁸⁷. A existência de sanções premiaiais evidencia a superação da tradicional ideia de sanção como consequência negativa (imposição de um mal) prevista em norma, para o caso de descumprimento de um dever constante do ordenamento jurídico⁴⁸⁸. Porém, conforme a posição defendida, entre outros, por Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu, não cabe ao magistrado, quando do oferecimento de alguma benesse ao executado - sanção premial - ultrapassar as hipóteses previstas em lei (como no caso da isenção do pagamento de custas em caso de cumprimento do mandado monitório, nos termos do artigo 700, § 1º, CPC, ou a redução pela metade dos

⁴⁸⁶ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁴⁸⁷ Deve-se pontuar que as sanções premiaiais também são utilizadas em outros ramos do direito, como as questões atinentes aos tributos: “Por outro lado, é possível pensar em mecanismos que premiem os contribuintes que cumpram pontualmente com o pagamento dos seus tributos, incentivando a obediência à legislação tributária e evitando a sonegação. Esses mecanismos são conhecidos como “sanções premiaiais” e, em alguns casos, são tão eficazes quanto as sanções punitivas. Exemplos de sanções premiaiais são os descontos no pagamento de IPVA e IPTU implementado por alguns Estados-membros e Municípios para os contribuintes que paguem antecipado o tributo; ou a concessão de descontos das multas moratórias aplicadas pela Fazenda Pública contra contribuintes inadimplentes, desde que estes desistam das ações contestatórias dos créditos tributários e realizem o pagamento do tributo em atraso em determinado prazo previamente estipulado”. Cf. SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Sonegação fiscal no Brasil: reflexões sob a perspectiva da economia do crime. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 127, 2016. p. 297-312.

⁴⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Medidas executivas atípicas*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 27-56.

honorários advocatícios fixados inicialmente pelo juízo, em caso de pagamento integral do débito pecuniário na execução por quantia certa fundada em título executivo judicial, conforme o artigo 827, § 1º, CPC⁴⁸⁹). Assim, dentro dessas hipóteses, as possibilidades estariam bastante reduzidas⁴⁹⁰.

Alexandre Freitas Câmara afirma que, para que o Estado reproduza o resultado prático equivalente ao que se teria produzido se o devedor tivesse voluntariamente adimplido a obrigação, está autorizado a valer-se de métodos executivos consistentes em meios de sub-rogação e meios de coerção, que fazem parte dos meios executivos. Os meios de sub-rogação, conforme a sua lição, consistem em medidas por força das quais o Estado-juiz substitui a atividade do devedor e produz resultado prático equivalente ao do adimplemento voluntário da obrigação. É o que ocorre, por exemplo, na execução de quantia certa, realizada por expropriações, em que o órgão jurisdicional apreende bens do executado e os expropria, de forma a pagar ao credor, com recursos provenientes do patrimônio do devedor, o que lhe é devido. Por outro lado, os meios de coerção consistem naquelas medidas que, atuando sobre a vontade do devedor, o constroem a realizar, ele próprio, o ato devido, de forma a outorgar o bem jurídico devido. É o caso, por exemplo, de se estabelecer um prazo dentro do qual o devedor tem de cumprir certa decisão judicial, sob pena de multa pelo atraso. Arremata, o autor, afirmando que tanto as medidas sub-rogoratórias como as coercitivas podem ser consideradas meios de execução, pois ambas possuem como finalidade a produção, por meio da atividade jurisdicional, direta ou indireta, de resultado prático equivalente ao que se teria produzido se o devedor, de maneira espontânea, tivesse cumprido a obrigação⁴⁹¹.

Deve-se pontuar que a primeira manifestação doutrinária sobre a atipicidade executiva no contexto do Código de Processo Civil de 2015, ocorreu mediante ato coletivo, resultando no enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que construiu as primeiras balizas para a aplicação da atipicidade⁴⁹²⁻⁴⁹³.

⁴⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 267, 2017. p. 227-272.

⁴⁹⁰ CARREIRA, Guilherme Sarri; GAMA, Vinicius Caldas da. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 241-272.

⁴⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

⁴⁹² MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 197.

Araken de Assis afirma que o artigo 139, IV, CPC, ampliou o *imperium* judicial, na medida em que autoriza o órgão judicial a adotar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, tendentes ao cumprimento dos pronunciamentos judiciais, sem exceção das ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Com relação ao artigo 536, § 1º, CPC, a novidade consiste na extensão dessas medidas à execução por quantia certa. Para o autor, é duvidoso senão patente a inconstitucionalidade o dispositivo. Percebe-se que nos casos de coerção pessoal ou patrimonial, os efeitos jurídicos são predeterminados, o que torna tais medidas compatíveis com o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988. Ao invés, a aplicação do artigo 139, IV, CPC, além da possibilidade de gerar abusos dificilmente controláveis, (como por exemplo a privação do sono para induzir a desocupação de imóvel; a apreensão do passaporte de quem trabalha no exterior e a carteira de habilitação do motorista profissional), carece das ditas características. Em outras ocasiões, contudo, traduzirá pena civil, sem que haja previsão específica, em razão do inadimplemento culposo e arrogantemente ostensivo. Tratando-se de execução, concebe-se que o recalcitrante incorre na ira da contraparte, mas não é admissível que a pessoa investida da função judicante decida com fundamento na paixão análoga. Por outro lado, o autor afirma que não lhe parece exato que além da pressão psicológica da prisão ou da multa, outras medidas atinjam a pessoa, e não o patrimônio do executado. A inscrição deste no cadastro de inadimplentes afeta o seu crédito, atingindo, por consequência, o seu patrimônio⁴⁹⁴.

Afirma o autor que sob que o ângulo do caráter exemplificativo, *prima facie*, a indeterminação inserida no artigo 536, § 1º, CPC, entendida como indeterminação máxima, afigura-se inconstitucional, pois nesse caso, o órgão jurisdicional produziria meio próprio e especial para atingir determinado resultado, contrariando frontalmente o artigo 5º, LIV, CF. Isso porque a intervenção do juiz no processo não autoriza esse órgão jurisdicional a repelir a aplicação das regras processuais, sem ofender a Constituição, simplesmente porque atrapalham a satisfação do exequente. Ao magistrado, resta aplicar as normas constantes do sistema processual ou declará-las inconstitucionais⁴⁹⁵.

⁴⁹³ O enunciado possui o seguinte teor: “(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)”.

⁴⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º item 19. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁹⁵ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

A aplicação dos meios indeterminados, construídos para dar solução ao caso concreto, nas palavras do autor, subordinam-se à ponderação dos valores em jogo e a estruturação de postulados normativos, constituindo, a rigor, construção trabalhosa e artificial nessa permanente ponderação de valores, pouco condizente com as reais condições de trabalho da pessoa investida na função judicante. A esse propósito, destaca a impossibilidade de algumas medidas, tais como privação do sono, de resto forma de tortura, o corte do fornecimento de luz e de água, como uma miríade de diretrizes que, aplicadas todas conjuntamente, dificilmente deixariam espaço para medida atípica. Ainda ressalta que a utilização de qualquer medida não especificada em lei incorre em flagrante inconstitucionalidade, de modo que é preferível seguir o roteiro legalmente predeterminado, pois o mesmo oferece previsibilidade e segurança, além de estar de acordo com o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal⁴⁹⁶.

Em exposto contraponto à posição de Araken de Assis, Marcos Youji Minami defende que a existência de medidas atípicas, por si só, não fere o devido processo legal, pois elas são aceitas por expressa previsão do legislador e a sua aplicação pressupõe a observância, justamente, do devido processo legal. Em reforço, cita que a utilização de medidas executivas atípicas não é um fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as previsões constantes do artigo 84, CDC, e o que constava do Código de Processo Civil de 1973 (artigos 461, § 5º). Afirma, outrossim, que a questão sobre as medidas atípicas não está localizada na sua existência, mas sim, nos seus limites⁴⁹⁷.

Renato Beneduzi, por sua vez, não percebe inconstitucionalidade, em si, na atipicidade, que deve ser interpretada e aplicada, no entanto, conforme os limites impostos pela Constituição. Defende que, para a tutela de um direito de natureza patrimonial, apenas direitos de natureza também patrimonial (mas não necessariamente só o patrimônio do executado), devem ser atingidos na execução, e, mesmo assim, dentro dos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma, portanto, que existem direitos patrimoniais cuja limitação revela-se razoável, sem que haja ofensa intolerável à dignidade do executado⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º item 19. Versão eletrônica sem paginação.

⁴⁹⁷ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 156-157.

⁴⁹⁸ BENEDUZI, Renato. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Vol. II. p. 291.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, por sua vez, defendem que com o rompimento, ao menos em parte, pelo legislador, do engessamento do poder executivo do juiz, este passou a ter a mobilidade necessária para prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos. Tratando-se de títulos judiciais, é possível dizer que, para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, o juiz está plenamente autorizado a determinar a modalidade de execução adequada a cada caso concreto. A possibilidade de escolha de instrumentos como a multa coercitiva, a intervenção em empresa ou qualquer outra considerada como efetiva, demonstra a elasticidade do regime e a necessidade de uma prudente atuação do magistrado. Afirma, outrossim, que a abertura do sistema deixa claro que, para o processo tutelar de maneira efetiva as várias situações de direito substancial, não são suficientes apenas procedimentos e sentenças diferenciados, mas que o autor e o juiz tenham amplo poder para requerer e determinar o meio executivo adequado ao caso concreto. Dessa forma, o sistema brasileiro de efetivação de prestações de fazer, não fazer e de entrega de coisa caracteriza-se, hoje, por sua atipicidade⁴⁹⁹.

De outro lado, tratando-se das prestações pecuniárias constantes de sentença judicial, os autores afirmam que, em um primeiro momento, parece possível a conclusão de que o modelo adotado pelo código mantém-se ainda arraigado às concepções clássicas de cunho liberal, onde se prevê, como já afirmado, um modelo típico de tutela para esses interesses. Mas, combinando as técnicas descritas a partir do artigo 513, CPC, com o contido no artigo 139, IV, CPC, indicam que não é essa a alternativa adotada pelo ordenamento jurídico nacional. A abertura autorizada, justamente por esse último dispositivo, autoriza, conforme a opinião dos autores, a concluir que também para esse tipo de prestação vigora o modelo de atipicidade de formas executivas, de modo que o magistrado pode impor o pagamento de soma, por exemplo, sob a ameaça do emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequada ao caso concreto. Dessa forma, os autores concluem que para os títulos judiciais, o que vigora hoje é o sistema de atipicidade dos meios executivos, visto que o juiz que ordena a satisfação de alguma prestação, pode impor o seu cumprimento pelo emprego de qualquer técnica de indução ou de sub-rogação que avalie adequada para a solução do caso concreto. Já no caso dos títulos executivos extrajudiciais, ainda conforme os autores, a opção legislativa é outra, pois, como nesses casos os documentos que baseiam a execução não possuem origem na atividade jurisdicional do Estado, sendo razoável que se

⁴⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

limitem às técnicas postas à disposição do credor, com o fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado⁵⁰⁰.

Ricardo Alexandre da Silva segue linha parecida, ao menos no ponto referente à defesa da possibilidade de medidas atípicas ainda que não tenha ocorrido a frustração de todas as medidas típicas, porém, desde que adoção da atipicidade no caso concreto se dê de forma justificada⁵⁰¹.

Com relação a amplitude da norma jurídica constante do artigo 139, IV, CPC, mormente à possibilidade de sua aplicação no âmbito da execução de títulos extrajudiciais, Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, entendem que o artigo 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva, seja ela fundada em título executivo judicial (provisório ou definitivo), seja fundada em título executivo extrajudicial⁵⁰². No mesmo sentido, Hermes Zaneti Júnior, indicando que no processo de execução há predominância na tutela do crédito, e que esta deve orientar o intérprete na compreensão e aplicação dos institutos e normas no processo de execução, afirma que nas obrigações de pagar quantia é possível a existência de um procedimento diferenciado em razão do direito material à base do título executivo, o que vale também para os títulos executivos extrajudiciais. Indicando, assim, que quando a técnica processual de penhora e expropriação, nos termos do artigo 824, CPC, mostrar-se insuficiente, o juiz deverá determinar a sua adequação, por meio de medidas atípicas, para garantia da efetividade, como desdobramento do direito fundamental à tutela do crédito⁵⁰³. Marcos Youji Minami, refletindo sobre a amplitude normativa do artigo 461-A do Código de Processo Civil de 1973, afirma que a sua utilização nas pretensões de pagar quantia e nas execuções de títulos executivos extrajudiciais nunca foi muito bem esclarecida, mas que o artigo 139, IV, CPC, inclusive por sua localização (na Parte Geral do Código), opera uma verdadeira generalização das medidas de efetivação para qualquer tipo de execução, não importando a natureza do título ou da

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁰¹ SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 427-452.

⁵⁰² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 105.

⁵⁰³ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao código de processo civil: arts. 824 ao 925*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Vol. XIV. p. 40 e 116.

prestação devida, ou seja, aplicam-se nas execuções fundadas em título executivo judicial e extrajudicial⁵⁰⁴.

Ainda no âmbito da aplicação da incidência dos comandos normativos contidos do artigo 139, IV, CPC, Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem, também, no que diz respeito à execução por quantia certa, que o Código de Processo Civil de 2015 fez uma clara opção pela tipicidade *prima facie*, visto que detalhou o procedimento de execução por quantia certa em mais de cem artigos que são resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como atinentes ao devido processo legal⁵⁰⁵.

As medidas típicas não se tornaram dispensáveis diante da cláusula prevista pelo artigo 139, IV, CPC, nas palavras de José Miguel Garcia Medina, pois, nesse caso, bastaria a existência de tal disposição para que todo o regramento previsto na lei processual, no que tange às medidas típicas, restasse desprezado. Um modelo baseado em medidas típicas tende a ser satisfatório na maioria dos casos. Em sua opinião, o uso das medidas atípicas deve levar em consideração diversos fatores, tais como a importância do bem jurídico a ser tutelado, a intensidade das medidas executivas, que leva em conta a dimensão dos bens jurídicos atingidos, e a qualidade da cognição judicial realizada, que deve ser completa exauriente e definitiva⁵⁰⁶.

Finalmente, cabe indicar que o Brasil adota um sistema misto e flexível de tipicidade dos meios executivos. É misto porque há diversos procedimentos regidos pela tipicidade, como também pela atipicidade. Por outro lado é flexível, pois há a possibilidade de aplicação da atipicidade em alguns casos, mesmo quando há previsão legal detalhada dos meios executivos a serem observados⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ MINAMI, Marcos Youji. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15 – do processo para além da decisão. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 218.

⁵⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 105.

⁵⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo VI. Item 1.4.4. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁰⁷ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 164.

4 CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS EXECUTIVAS

4.1 Silogismo, subsunção e demais técnicas de aplicação no âmbito das regras e dos princípios

O sistema jurídico demanda coerência e harmonia para que possa funcionar. Não é um sistema fechado, no sentido de neutralidade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada⁵⁰⁸. Trata-se de um sistema em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica⁵⁰⁹. Exige, portanto, constante renovação por meio da introdução de elementos extraídos da realidade social⁵¹⁰. De outro lado, a uniformidade, que se relaciona com a demanda por coerência e harmonia do sistema, não pode chegar a produzir a neofobia, o horror, a ojeriza a inovações⁵¹¹.

Pontes de Miranda traz a figura do círculo à toda noção de envolvimento do grupo social, estruturado por situações sociais da vida, valores com que se justificam às instituições e às regras jurídicas, bem como as interpretações de uns e de outros⁵¹². Nesse contexto, a análise de questões sociais relativas a processos sociais de adaptação, como é o caso do direito, devem ser tratadas de acordo com a interação social que lhes dá o elemento qualitativo. Noções gerais, tais como família, democracia e Estado, seriam desiguais na medida em que fossem examinadas em épocas e lugares diferentes. Porém, o círculo⁵¹³ é o meio e processo de renovação interna e de energia social, de aumento, quer de força

⁵⁰⁸ E isso fica claro com a inclusão, pela Lei 13.655/2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), do artigo 20: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

⁵⁰⁹ CANARIS, Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 104.

⁵¹⁰ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da faculdade de direito – UFPR*. Curitiba: UFPR, vol. 60, 2015. p. 193-213.

⁵¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito: introdução à ciência do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 290.

⁵¹² MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito: introdução à ciência do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 271-284.

⁵¹³ O conceito de círculos sociais, e a possibilidade de criação de um novo círculo, aparenta ter sido o fundamento, entre outras, da lição de Pontes de Miranda acerca dos graus de atuação do poder constituinte no âmbito da reforma ou supressão de uma Constituição. Nesse sentido cf. MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das Constituições. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, v. 5. p. 19 e ss. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9424>>. Acesso em: 30/11/2017.

conservadora, quer de recomposição. São sistemas em que mais facilmente se procede e se exerce a adaptação, através da gradual evolução da sociedade⁵¹⁴. As condições interiores e exteriores tornam necessárias as adaptações, sem as quais não se estabeleceria o *modus vivendi* dos seres. O contato com o mundo é a pedra angular da adaptação. A adaptação é a grande lei da vida e tudo deve harmonizar-se, adaptar-se. O direito resulta da adaptação e como processo adaptativo resulta da dilatação dos círculos sociais⁵¹⁵.

O objetivo do direito é reger a vida em sociedade. Parte do fático, da realidade social, para construir normativamente, por meio da linguagem, preceitos que deverão incidir na zona material da conduta humana, para que seja obrigatória, permitida ou proibida, onde esgotam-se as possibilidades deônticas da normatividade. Deve-se compreender que a finalidade conformadora de condutas do direito não pretende o aprisionamento a uma visão formalista, redutora do objeto do Direito às formas lógicas, às estruturas proposicionais ou aos enunciados formalizados em textos vertidos nos documentos oficiais, físicos ou eletrônicos⁵¹⁶.

A indefinição de determinado conceito decorre de uma imprecisão semântica. Em vários casos, o léxico não consegue abarcar as diversas facetas de um objeto. Dessa forma, fixa-se o núcleo e deixa para o caso concreto a delimitação dos contornos efetivos do conceito. É importante que se diga que o conceito juridicamente indeterminado é semanticamente determinável no plano pragmático. Talvez deva-se dizer, como uma melhor definição, que trata-se de conceito juridicamente determinável, já que se for indeterminado, jamais seria passível de determinação⁵¹⁷.

Um conceito é construído mentalmente, partindo-se da observação de uma pluralidade, e por meio da unificação e da fusão do que existe de comum aos diversos indivíduos que a constituem. É construído por indução, considerando-se como conceito geral e abstrato. O que há de incomum entre os sujeitos da pluralidade é abstraído do conceito. Tal abstração traduz-se na separação dos atributos incomuns ou específicos. Deste modo, abstraindo o que há de incomum na pluralidade, torna-se possível subsumir ao conceito todos e cada um dos seus elementos individuais. A criação de conceitos facilita a análise de

⁵¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*: introdução à ciência do Direito. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 284-291.

⁵¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 2.

⁵¹⁶ COSTA, Adriano Soares da. *A descritividade da ciência do direito*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

⁵¹⁷ SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 360.

aspectos da realidade tornando-a mais lógica, na medida em que permite a subsunção de indivíduos em conceitos e de conceitos inferiores em conceitos superiores. Tais possibilidades quando transportadas para o direito, conferem às decisões a previsibilidade que previnem o arbítrio e o abuso. Por outro lado, o conceito não auxilia na análise valorativa e nem na concretização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados⁵¹⁸.

A conceituação da dignidade da pessoa humana, por exemplo, é uma tarefa bastante complexa. Porém, simplificando ao máximo o tema, afirma-se que vida digna requer, pelo menos, liberdade (artigo 5º, CF) e saúde (artigo 6º, CF). Sendo assim, quanto mais saúde e liberdade uma pessoa tiver, maior é probabilidade de estar vivendo dignamente⁵¹⁹.

A doutrina ainda afirma que para melhor racionalizar situações complexas, como o exemplo acima, o tipo é melhor que o conceito. Na formação do tipo, a realidade referida ou designada é enquadrada, sem abstração do incomum. Nos tipos, não há uma subsunção, como nos conceitos, mas uma coordenação. O que um tipo designa pode também ser referido por outro, sem significar que os entes tipificados percam suas características individuais⁵²⁰. O tipo surge quando o conceito e seu sistema lógico não se mostram suficientes para apreender uma realidade⁵²¹. A relação entre as características de um tipo ocorre dentro de uma ordem interna do tipo. Tal ordem forma um plano, uma configuração, que também é típica, e que também é uma das características do tipo. O tipo capta a realidade por meio de uma indicação, mais ou menos sumária das suas características marcantes⁵²². Tipificar e conceituar permitem racionalizar o pensamento, facilitando a análise dos aspectos da realidade para melhor resolver os problemas da vida. Em termos didáticos, é possível simplificar a diferença entre essas técnicas, mesmo que de forma imperfeita, ou seja, quando as características de um fenômeno podem ser delimitadas de forma mais concreta, ou se pretende, por meio de indução, determinar o que há de comum entre seres, utiliza-se a conceituação. Já quando se pretende uma abertura na forma de tratar a realidade, sem delimitar rigidamente as características do campo da realidade, vale-se da tipificação⁵²³.

Conforme a doutrina de Marcos Bernardes de Mello, é bem verdade que nem todo conteúdo normativo é claro, preciso, determinado, específico, formulado com conceitos

⁵¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 25.

⁵¹⁹ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 160.

⁵²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 38.

⁵²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 7ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 656.

⁵²² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 433.

⁵²³ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 164.

altamente definidos, a fim de facilitar o trabalho do intérprete. É bastante comum, todavia, que seja ambíguo, indeterminado, impreciso, genérico, com conceitos abertos, indefinidos, que dificultam a certeza acerca do seu conteúdo. Essas possibilidades implicam maiores ou menores dificuldades em serem compreendidos por seus destinatários, em especial, pelo intérprete, mas não permite que se afirme que não possuem conteúdo. O autor afirma que toda comunicação que mereça o nome de texto legislativo, necessariamente, possui um conteúdo semântico próprio que há de ser ordinatório. Uma comunicação sem conteúdo, decerto, não seria uma comunicação, porque seria o nada semântico, ainda pior quando trata-se de um texto normativo. Dela não se poderia tirar qualquer sentido, porque não se pode colher alguma coisa do nada. A interpretação, na verdade, constitui-se como o meio de se conhecer o sentido do texto, de revelar as normas jurídicas nele contidas, de aplicá-lo, muitas vezes de integrá-lo, quando for o caso, a fim de que as lacunas e obscuridades sejam sanadas. Nesse ponto, o autor afirma categoricamente que o intérprete não constrói ou cria o sentido do texto, exemplificando com hipóteses constantes no ordenamento jurídico pátrio, como é o caso da anulação de negócio jurídico entre ascendente e descendente, sem o consentimento dos demais filhos e esposa, quando cabível, no caso, porque aplicou o artigo 496, CC. Arremata afirmando que nessa circunstância, o juiz não criou norma jurídica, mas apenas revelou tais normas⁵²⁴.

A indeterminação de um suporte fático não o faz inexistente, apenas torna mais complexa a sua identificação. Na aplicação das normas formuladas com indeterminação, o aplicador do direito, ao decidir sobre uma dada situação concreta terá, em última análise, de identificar se aquela conjuntura fática apresentada constitui, ou não, uma espécie classificável naquele conceito indeterminado previsto na norma jurídica. Assim, normas jurídicas com características de cláusulas gerais, por exemplo, possuem, como toda e qualquer norma jurídica, um suporte fático, mesmo que descrito com extrema indeterminação e vagueza, mencionando, em muitos casos, um conceito aberto⁵²⁵.

Portanto, não nos parece acertada a crítica de que na aplicação de normas, cujo suporte fático é descrito com extrema indeterminação e vagueza, o aplicador precisaria, antes de

⁵²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 122.

⁵²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134.

efetivá-las, definir os suportes fáticos, momento esse (posterior a ocorrência do fato) em que se poderia falar em incidência⁵²⁶.

Nesse ponto, é pertinente que se indique a posição defendida por Andreas J. Krell⁵²⁷. O autor reconhece a importância do conceito de incidência infalível, visto que possui prestígio para as áreas do direito privado, penal, processual penal, processual civil e tributário, em que as normas jurídicas postas pelos legisladores constitucionais e infraconstitucionais, são, em geral, mais determinadas na descrição de seus suportes fáticos. Porém, entende que em face da moderna tendência que se verifica nas áreas dos direitos constitucional e administrativo, de dispor sobre certas matérias por meio de normas de cunho principiológico (constitucional), e valorativos (administrativas) que, tendo em vista a significativa carga política e axiológica que os informam, são definidas com vagueza e plurivocidade, o que faz com que se torne duvidosa a adequação da ideia de uma incidência incondicional. Conforme a posição do autor, nos casos de normas formuladas com conceitos abertos, ou seja, aqueles com acentuado grau de indeterminação, ou naqueles que se referem a situações que exigem decisões valorativas sobre fatos que já ocorreram, a infalibilidade da incidência não seria pertinente, pois haveria necessidade de uma prévia definição do suporte fático por parte do aplicador da norma. Assim, com base em tais premissas, não se poderia determinar a exata composição do suporte fático abstrato senão por ocasião da aplicação ao caso concreto, de modo que não seria possível ter-se a norma como incidente no momento da ocorrência do fato, mas apenas a partir de sua definição pelo aplicador.

Tal posição não está de acordo com as premissas defendidas no presente trabalho. Caso tal raciocínio fosse de fato utilizado, haveria de se deparar com a hipótese em que norma posterior regeria situação fática pretérita. É que a ideia de que a norma jurídica é criada pelo intérprete no ato da aplicação ao caso concreto, implica, necessariamente, ser a norma jurídica posterior ao fato a que é aplicada, o que traria como resultado a violação da irretroatividade

⁵²⁶ No sentido de que a incidência, conforme a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, com as considerações efetuadas por Marcos Bernardes de Mello, não seria pertinente no caso de normas formuladas com conceitos abertos e com acentuado grau de indeterminação: KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75-96.

⁵²⁷ KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75-96.

da lei (art. 5º, XXXVI, CF), como também um desrespeito a segurança jurídica, fundamentais em qualquer sistema jurídico⁵²⁸.

Quando se trata de saber qual a norma aplicável a ser cumprida pelo destinatário, a regra é que deve se ter em conta que a própria Constituição definiu que a norma legal específica é a existente, válida e vigente, salvo se ela tiver sido objeto de exclusão por ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou recurso extraordinário, em razão dos quais tenha havido a suspensão da lei por resolução do Senado Federal⁵²⁹ ou edição de súmula vinculante⁵³⁰.

No que tange a segurança jurídica, pode-se dizer que esta possui duas dimensões: a estática e a dinâmica. Enquanto a estática diz respeito aos problemas relacionados ao conhecimento e a qualidade do Direito, a dimensão dinâmica refere-se a problemas da ação no tempo e da transição no direito⁵³¹. Humberto Ávila afirma que a dimensão estática do princípio da segurança jurídica diz respeito aos requisitos que o Direito deve reunir para servir de instrumento de orientação, abrangendo todos aqueles pressupostos sem os quais o cidadão não é capaz de propriamente se submeter ao Direito. Representa, portanto, os elementos estruturais que o Direito deve ser para servir de guia de conduta e de fundamento e de limite do exercício do poder. A segurança jurídica, nas palavras do autor, vai além da necessidade de determinação e clareza. A publicação, a vigência, a codificação, a uniformidade, a pertinência normativa, auxiliam o cidadão a prever as normas que o vinculam⁵³².

Tais elementos demonstram que a cognoscibilidade material não apenas depende do conhecimento das normas aplicáveis, mas também do conhecimento das normas concernentes à sua aplicação. Humberto Ávila estrutura essa afirmação da seguinte forma: deve haver clareza não somente com relação às normas de primeiro grau (normas-objeto), mas igualmente no que diz respeito às normas que regulam conflitos entre elas mesmas (regras de antinomia), que estruturam a sua aplicação (postulados normativos) e que confirmam seu sentido e sua validade (decisões judiciais). Além de clareza a respeito das normas, é preciso, por assim dizer, clareza a respeito das normas das normas, pois, se houver segurança de

⁵²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 124.

⁵²⁹ Vide artigo 52, X, CF e RCL 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁵³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 335.

⁵³¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 4.

⁵³² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 317 e ss.

existência e de vigência, mas não houver segurança de identificação, não se pode saber com mínima certeza qual é a norma aplicável ao caso⁵³³. Conforme as palavras de Carlos Alvaro de Oliveira, “nos institutos destinados precipuamente à uniformização da jurisprudência revela-se de forma aguda o valor segurança, em face da periclitación do princípio da igualdade para casos semelhantes ou idênticos”⁵³⁴.

É essencial para a cognoscibilidade do direito que haja regras e exceções, e que as exceções possam ser, na maior parte dos casos, perceptíveis com base em critérios minimamente objetivos e controláveis. A institucionalização da exceção ou a sua transformação paulatina em regra, faz com que os destinatários não saibam qual norma seguir. Além de saber qual norma deve obedecer, o cidadão deve também conhecer o valor da norma a que deve obedecer, ou seja, deve saber *o valor da norma aplicável*. Humberto Ávila indica que há uma relação entre cognoscibilidade e confiabilidade. Para que haja cognoscibilidade é preciso que haja clareza com relação à consequência geral para o descumprimento das normas aplicáveis. O que diferencia o Direito é o fato de este ser portador do código binário lícito/ilícito⁵³⁵.

Na aplicação das normas formuladas com indeterminação, o que haverá é a identificação, diante da conjuntura fática apresentada, da espécie classificável naquele conceito indeterminado previsto na norma. Se, quando do desenvolvimento da análise da situação fática que lhe é apresentada o intérprete concluir que ali está configurada uma espécie enquadrável no conceito aberto da norma, constata que houve sua incidência e deve aplicá-la⁵³⁶.

Do ponto de vista do ordenamento, a segurança jurídica se relaciona com a coerência que exige a realização de um estado de coisas, entre outros fatores, em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão intelectual de estruturas argumentativas reconstrutivas dos conteúdos normativos possíveis de uma norma e a capacidade de antecipar e de medir o espectro de consequências atribuíveis a atos ou fatos. A coerência do ordenamento jurídico contribui decisivamente para a elevação da cognoscibilidade e calculabilidade das consequências jurídicas, o que o autor chama de

⁵³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 333.

⁵³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

⁵³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 337.

⁵³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134-135.

consistência material. Coerência, portanto, significa, do ponto de vista estático, a relação gradual de suporte que determinada alternativa obtém do conjunto do ordenamento jurídico e, do ponto de vista dinâmico, a exigência de aplicação uniforme das normas⁵³⁷.

Já no campo da dimensão dinâmica têm-se aquela que se relaciona com os problemas da realização do Direito. Nesse âmbito, o cidadão precisa saber se a liberdade juridicamente exercida ontem será respeitada hoje, e se a liberdade de hoje exercida será respeitada amanhã. Porém, a definição daquilo que deve ser inserido como elemento de confiabilidade ou de calculabilidade depende de definições estipulativas, visto que a frustração ou a surpresa, embora conceitualmente vinculadas à ideia de tempo, não estão atreladas a qualquer perspectiva retrospectiva ou prospectiva de análise de tempo⁵³⁸.

Nesse contexto, é importante notar que existe, em sede doutrinária, a defesa acerca da existência de um devido procedimento na elaboração normativa, fundamentado tanto no direito constitucional, quanto no administrativo, na medida em que o estudo da temática da democracia não deve mais ter o cidadão como mero súdito do poder estatal, fazendo com que este tenha direito à participação nas decisões, tendo as suas razões devidamente consideradas. Essa fase da democracia é denominada como democracia deliberativa, que aparece como uma evolução da democracia participativa, onde o foco passa a ser a deliberação pública das questões a serem decididas⁵³⁹. O objetivo da democracia deliberativa consiste, entre outros, na exigência de que sejam apresentadas, de maneira pública, as razões pelas quais considera que tal norma deve ser editada e quais são as informações que a fundamentam⁵⁴⁰. Tal imposição visa gerar mais persuasão e menos coerção no processo legislativo, possibilitando uma espécie de corresponsabilidade pela efetivação do conteúdo, considerando a participação do cidadão para a sua elaboração e aproximando o legislador do cidadão⁵⁴¹. A exigência no sentido da apresentação de razões para a edição de textos normativos se relaciona, também, com uma área de estudo denominada como

⁵³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354.

⁵³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 357.

⁵³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

⁵⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 74.

⁵⁴¹ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da faculdade de direito da UFMG*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, vol, 50, 2007. p. 131.

legística⁵⁴², que tem como preocupações a melhora do círculo de comunicação legislativa e a facilitação da compreensão dos textos, bem como a realizabilidade e a efetividade da legislação por meio da utilização de técnicas que permitam realizar diagnósticos e verificações relacionadas aos fundamentos que impulsionaram a produção do texto normativo e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor⁵⁴³.

Uma conexão entre o devido procedimento na elaboração normativa e a legística encontra-se no aspecto formal, e relaciona-se com a necessária melhora do círculo de comunicação legislativa, por via da facilitação do diálogo entre legislador e legislado, pois com a exigência da justificação na proposta de textos normativos, exige-se também uma maior atenção sobre o que está sendo legislado⁵⁴⁴, como também uma possível diminuição da complexidade quanto aos fatos que estão sendo regulados pelo texto normativo e os seus respectivos preceitos. Tais temas parecem possuir uma proximidade com o chamado princípio democrático, também no que diz respeito à formação dos funcionários jurisdicionais, manifestando-se na forma representativa parlamentar, na tendência à descentralização administrativa e ao revigoramento das autonomias locais, ou seja, a participação mais ou menos direta dos governados na gestão da coisa pública⁵⁴⁵.

Não há dúvida de que o texto não é, e jamais poderá ser a norma, mesmo porque esta é conteúdo daquele. São realidades distintas. Nada obstante, também não há dúvida que as normas estão contidas no texto e que a missão do intérprete consiste em revelá-las, para aplicando-as, realizá-las⁵⁴⁶.

Assim é que quando o juiz declara nulo um casamento por bigamia, está aplicando o artigo 1.521, VI, c/c o artigo 1.548, CC. Quando o Supremo Tribunal Federal decreta a inconstitucionalidade de uma lei estadual que efetiva em seus cargos servidores nomeados sem concurso, não o faz porque criou uma norma constitucional que proíbe a nomeação para o serviço público sem concurso, mas porque aquela lei viola o artigo 37, II, CF, considerando

⁵⁴² PEIXOTO, Ravi. Aspectos processuais do devido procedimento na elaboração normativa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 286, 2018. p. 21-47.

⁵⁴³ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da faculdade de direito da UFMG*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, vol. 50, 2007. p. 125-126.

⁵⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. Aspectos processuais do devido procedimento na elaboração normativa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 286, 2018. p. 21-47.

⁵⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 10.

⁵⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 123.

que inconstitucional é o texto da norma e não a norma supostamente criada por quem a aplicou⁵⁴⁷.

Como já afirmado, tendo como fundamento a lição de Marcos Bernardes de Mello, não é democrático que a autoridade crie a norma e ao mesmo tempo aplique-a. O poder dado à autoridade de criar a norma jurídica, atribuindo aos enunciados prescritivos, ou seja, textos normativos, o sentido que entende apropriado, possui nítido caráter absolutista, o que facilmente conduz à arbitrariedade. Ainda conforme as palavras do autor, na democracia, substituímos o absolutismo real pelo absolutismo legal, mas aqui o arbítrio sofre temperamentos por conta da divisão das funções de legislar e de aplicar a norma⁵⁴⁸.

Uma das premissas para que o direito cumpra a sua função de processo social de adaptação social reside na necessidade de que as normas jurídicas sejam prévias aos fatos descritos em seus suportes fáticos, a fim de que possam sobre eles incidir e juridicizá-los, imputando-lhes efeitos jurídicos. Assim, a norma deve ser sempre anterior ao processo de juridicização. Se as normas fossem posteriores às condutas que visam regular, não seriam capazes de cumprir a sua função conformadora do agir humano. Caso a norma jurídica seja considerada como um ato de vontade do intérprete, esta seria produto de uma vontade subjetiva de um sujeito psicologizado, onde a atribuição de sentido prescritivo por qualquer sujeito poderia ter uma função prescritiva de conformar a conduta humana. Se o sentido for atribuído livremente pelo intérprete, não há como atribuir à norma jurídica a função de vincular um universo de pessoas à prática comum de qualquer tipo de ato. Não há, também, como controlar a validade da norma jurídica diante de um caso concreto⁵⁴⁹.

Ao tratar sobre o silogismo como forma de aplicação da norma jurídica, Marcos Bernardes de Mello afirma que ao levar em consideração a disposição contida na norma jurídica (premissa maior), e o fato social concretizado (premissa menor), caberia ao aplicador, tão somente concluir pela aplicação da consequência jurídica prevista na norma. A aplicação do direito, dessa forma, estaria caracterizada como ato meramente mecânico, reduzindo o aplicador do direito a um autômato cumpridor da letra da lei. Porém, indica que, em verdade,

⁵⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 123.

⁵⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 124.

⁵⁴⁹ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 34 e ss.; COSTA, Adriano Soares da. *A descritividade da ciência do direito*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

a aplicação do direito aos fatos da vida constitui um processo, onde a maior ou menor complexidade depende, especificamente, das circunstâncias que envolvem a situação fática e para compatibilizá-las com a expressão do conteúdo da norma jurídica, que se desenvolve desde a interpretação da norma, na busca de conhecer ou revelar seu significado, ao conhecimento e valoração dos fatos postos, para que possa constatar qual norma que incidiu e, assim, efetuar a sua aplicação àquela situação fática, ou seja, efetuar a subsunção do fato à norma jurídica. O raciocínio silogístico, conforme o autor, é meio hábil para que se chegue a uma conclusão, podendo, em determinados casos, requerer uma operação simples ou ser complexo, dependendo das premissas⁵⁵⁰.

O juízo da subsunção é tão problemático quanto qualquer outro juízo, visto que é este que deve debruçar-se sobre a premissa menor a fim de que a solução do caso não se resuma a saltos entre regras e princípios. Trata-se sempre de considerar um caso individual a um tipo geral⁵⁵¹.

Subsunção, conforme Karl English, caracteriza-se como o enquadramento da situação concreta na classe dos casos onde a pertinência à classe já se encontra assente. Isso é típico de todos os juízos⁵⁵².

A logicidade do sistema jurídico encontra respaldo, também, no fato de que ao direito cabe apreender o fato social e compará-lo às regras existentes na configuração do mundo jurídico, visto que as normas contraditórias devem ser eliminadas por meio de processos previamente determinados pelo sistema. No caso de um suporte fático previamente planejado neste último, o fato social terá as suas condições de produzir os efeitos jurídicos preliminarmente previstos no próprio sistema, que é fechado e deverá ser coerente⁵⁵³. Tal concatenação é denominada de silogismo de determinação da consequência jurídica,

⁵⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 124.

⁵⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 49-64.

⁵⁵² ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 78 e ss.

⁵⁵³ ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7. p. 289-308.

constituído pela premissa maior (proposição jurídica completa) e a premissa menor (situação de fato concreta)⁵⁵⁴

4.2 Atipicidade dos meios executivos e execução por quantia certa: uma análise sob o prisma do devido processo legal

Ingo Wolfgang Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, afirmam que não há como definir em abstrato a cabal conformação do direito ao devido processo legal (chamado pelos autores de direito fundamental ao devido processo justo), visto que se trata de termo indeterminado. O direito ao processo justo, nesse sentido, constitui-se cláusula geral, considerando que a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não determina consequências jurídicas à sua violação. Porém, é possível identificar um núcleo forte que não se pode eliminar, algo como um conteúdo mínimo essencial, sem o qual não se está diante de um processo justo. Conta, portanto, com um perfil mínimo. Em uma primeira etapa, do ponto de vista da divisão do trabalho processual, o devido processo legal é pautado pela colaboração das partes para com o órgão jurisdicional. O juiz, nesse âmbito, é paritário no diálogo e assimétrico no momento da imposição de suas decisões. Em uma segunda etapa, deve haver a constituição de um processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que seja garantida a paridade de armas, contraditório, ampla defesa, direito à prova, perante juiz natural, onde os seus pronunciamentos sejam previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável, onde, caso necessário, se garanta a assistência judicial integral e a formação de coisa julgada. Tais critérios são elementos basilares para que se possa aferir a justa estruturação do processo, pois o processo justo depende da obediência aos seus elementos estruturantes. Trata-se, dessa forma, de meio objetivo de controle da justiça processual⁵⁵⁵.

No que tange ao processo para a execução de prestações constantes em pagamento de quantia certa, percebe-se que o meio executivo por excelência é a expropriação de bens do executado, conforme as modalidades relacionadas no artigo 825, CPC. Com a expropriação busca-se utilizar os bens penhorados, por meio da sua retirada do patrimônio do devedor, para

⁵⁵⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 380.

⁵⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 732-733.

a satisfação do crédito do exequente. Não é, todavia, o único meio de execução por quantia certa, sendo correto afirmar a existência de outros meios sub-rogatórios ou coercitivos típicos no repertório do Código de Processo Civil de 2015, tais como o protesto da decisão transitada em julgado (art. 517, CPC), a incidência de multa de 10% (dez por cento) se não ocorrer o pagamento espontâneo da obrigação constante do título executivo judicial no prazo legal (artigo 523, § 1º, CPC), a inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º, CPC), o desconto de 50% (cinquenta por cento) nos honorários advocatícios em caso de pagamento espontâneo em até três dias da citação (art. 827, § 1º, CPC). Porém, considerando o que consta do artigo 139, IV, CPC, não se pode afastar a utilização de outros meios executivos na execução por quantia certa⁵⁵⁶.

As variações concebidas no uso concreto dos meios típicos, devem ser encaradas no âmbito do veto à criação de meio executório sem previsão legal, respaldada no artigo 5º, II, CF, visto que o direito fundamental processual do devido processo legal implica o obrigatório percurso fixado na lei processual para realizar créditos e direitos. As normas processuais de direito público irão guiar a atividade dos sujeitos no processo, ressalva efetuada quanto a convenção processual constante do artigo 190, CPC⁵⁵⁷.

Como já afirmado acima, Araken de Assis defende a inconstitucionalidade dos dispositivos que versam sobre a aplicação da medidas atípicas da execução. Para o autor, o artigo 139, IV, CPC, ampliou o *imperium* judicial, na medida em que autoriza o órgão judicial a adotar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, tendentes ao cumprimento dos pronunciamentos judiciais, sem exceção das ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Com relação ao artigo 536, § 1º, CPC, a novidade consiste na extensão dessas medidas à execução por quantia certa. Portanto, entende como duvidoso senão patente a inconstitucionalidade o referido dispositivo. Percebe-se que nos casos de coerção pessoal ou patrimonial, os efeitos jurídicos são predeterminados, o que torna tais medidas compatíveis com o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988. Ao invés, a aplicação do artigo 139, IV, CPC, além da possibilidade de gerar abusos dificilmente controláveis, carece das ditas características. Por outro lado, o autor afirma que não lhe parece exato que além da pressão psicológica da prisão ou da multa, outras medidas atinjam a

⁵⁵⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Execução e recursos*: comentários aos CPC de 2015. São Paulo: Método, 2018. p. 208 Vol. 3.

⁵⁵⁷ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

pessoa, e não o patrimônio do executado⁵⁵⁸. Sob o ângulo do caráter exemplificativo, *prima facie*, a indeterminação inserida no artigo 536, § 1º, CPC, entendida como indeterminação máxima, afigura-se inconstitucional, pois nesse caso o órgão jurisdicional produziria meio próprio e especial para atingir determinado resultado, contrariando frontalmente o artigo 5º, LIV, CF. Isso porque a intervenção do juiz no processo não autoriza esse órgão jurisdicional a repelir a aplicação das regras processuais, sem ofender a Constituição, simplesmente porque atrapalham a satisfação do exequente. Ao magistrado, resta aplicar as normas constantes do sistema processual ou declará-las inconstitucionais⁵⁵⁹.

Da análise do citado ponto de vista, parece-nos que a preocupação do autor está na aplicação totalmente indeterminada dos dispositivos, o que chama de indeterminação máxima. Dessa forma, uma aplicação que não incorra nos vícios indicados parece ser aquela que se cerca de determinadas precauções, mormente a subsidiariedade, visto o extenso rol de medidas típicas constantes no Código de Processo Civil, já trazidas linhas acima.

Assim, parece que a necessária compatibilização das medidas atípicas com o ordenamento constitucional, especialmente com o princípio do devido processo legal, passa pela fixação de parâmetros a serem seguidos pelo aplicador.

4.3 O suporte fático do artigo 139, IV, CPC

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina tratava acerca da ampliação na utilização das medidas coercitivas que ocorria naquele momento, existindo observações no sentido de que a fronteira a ser ultrapassada era a concernente à aplicação do instrumental coercitivo à própria execução por quantia certa⁵⁶⁰. Dispondo no mesmo sentido, podem-se perceber manifestações na defesa da possibilidade da concessão de outras medidas de execução indireta com a finalidade de obter satisfação da obrigação por meio do estabelecimento de algumas formas de restrição na esfera dos direitos do devedor, como a

⁵⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. § 1º item 19. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁵⁹ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁵⁶⁰ BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves de. Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma never ending story. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 85.

suspensão da carteira nacional de habilitação, o que tornaria a atividade executiva mais eficaz⁵⁶¹.

Segundo o que defende Marcos Youji Minami, quando analisa a execução como realização da prestação devida, deve-se perceber que são possíveis de cobrança pela execução, quando reconhecidas por título executivo, entre outras condutas: o pagamento de quantia; a entrega de um pequeno objeto, como uma caneta; a entrega de um bem de médio porte, como um automóvel; a entrega de um grande bem como um avião ou um navio; a entrega de uma universalidade de bens, como uma biblioteca. Ainda são executáveis a entrega de semoventes, como uma alcateia. Assim como as condutas, como a pintura de um muro até a construção de uma pista de corrida. Por outro lado, aponta prestações não tuteláveis, e, portanto, não executáveis, tais como o trabalho escravo, a venda de uma pessoa, venda de animais legalmente protegidos, venda de objetos fora do comércio, formas de sentir ou de pensar, visto que não há como obrigar ninguém a pensar de determinada forma ou a sentir algo por alguém⁵⁶².

Daí, percebe-se que há condutas válidas e outras vedadas pelo ordenamento jurídico, e que o magistrado, obviamente, não está completamente sem amarras quando da utilização de meios atípicos quando da execução de quantia certa.

Portanto, é possível que se efetue a construção do suporte fático hipotético das medidas atípicas, que de forma abstrata, funciona como baliza para que as mesmas sejam aplicadas nos casos concretos.

É preciso ter em conta que a execução regida pela atipicidade não funciona sem parâmetros⁵⁶³. A jurisdição não é, a priori, onipotente. Devem ser observados limites políticos e práticos na execução⁵⁶⁴.

Araken de Assis afirma que o indiscriminado uso das medidas executivas atípicas, ignorando qualquer correlação com o objeto da atividade executiva, o inusitado das providências tomadas (que exemplifica como as medidas aptas ao recolhimento do passaporte do executado), bem como decisões, que apontando uma fundamentação fragilizada,

⁵⁶¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil: cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 196-197.

⁵⁶² MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 82.

⁵⁶³ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 158.

⁵⁶⁴ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

geralmente embasada no princípio da proporcionalidade (variando conforme a pessoa do julgador), tendem a provocar um grande desassossego. O autor ainda aponta que o tema despertou uma acirrada disputa ideológica. De um lado, estão os defensores do incremento dos poderes do órgão judiciário como panaceia geral para alcançar a efetividade do processo, geralmente a qualquer custo, em grande parte, sem considerar quem realmente os exerce na realidade (nesse ponto o autor faz uma referência expressa à figura do assessor da pessoa investida na função jurisdicional, pois seria teoricamente encarregado de redigir os atos decisórios, mas não raro, também é autorizado a autenticá-los, subscrevendo-os eletronicamente). Do outro lado, porém, estão as vozes que, repelindo o emprego discricionário dos poderes processuais do juiz, pugnam pela observância mais concreta dos direitos fundamentais processuais, onde o processo e suas regras são aplicados como direito público indisponível, cuja aplicação se subordina ao princípio da legalidade, que seria, nas palavras do autor, a única maneira de garantir as partes contra o poder do Estado de que se acha investido o órgão jurisdicional⁵⁶⁵.

Deve-se ter em conta, portanto, que as medidas atípicas devem ser observadas a partir do paradigma atual do processo civil brasileiro, que, conforme a lição de Renato Beneduzi, retirou do juiz parte da centralidade que a legislação anterior lhe reconhecia, produzindo, a partir de então, um novo norte interpretativo na aplicação dos dispositivos legais que tratam acerca dos seus poderes. Nesse sentido, deve dirigir o processo, porém, sempre cooperativamente, nos termos do artigo 6º, CPC, e sem ultrapassar limites⁵⁶⁶, que são balizados pela observância, por exemplo, dos princípios constitucionais do processo, mediante os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Carta Magna, por força, inclusive o artigo 1º, CPC.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, observam no que tange ao âmbito da incidência das cláusulas gerais processuais executivas, que o artigo 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva, seja a fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), na fundada em título executivo extrajudicial⁵⁶⁷, naquela que busca a efetivação da prestação pecuniária, na

⁵⁶⁵ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁵⁶⁶ BENEDUZI, Renato. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Vol. II. p. 286.

⁵⁶⁷ Em sentido contrário, afirmando que as medidas atípicas não se aplicam à pretensão a executar prestação pecuniária fundada em título executivo extrajudicial: ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios

prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. Deve-se ter em conta ainda que o artigo 297, CPC, autoriza que o juiz se utilize de medidas atípicas para a efetivação da tutela provisória. Por outro lado, o artigo 536, § 1º, CPC, determina que a atipicidade pode ser aplicada à execução de fazer e de não fazer fundada em decisão judicial (provisória ou definitiva). O artigo 538, § 3º, CPC, possibilita a sua aplicação no âmbito do cumprimento de sentença para a entrega de coisa, e por força do artigo 771, parágrafo único, dá-se a sua aplicação na execução para efetivar prestação fazer, não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro fundada em título executivo extrajudicial⁵⁶⁸.

Apresentando o que entende por limitações - considerando a dignidade da pessoa humana - longe das quais as medidas atípicas se tornariam inconstitucionais, Renato Beneduzi afirma que para a execução de um crédito, não se pode limitar o direito do executado a votar, viajar, dirigir, sair de casa quando quiser, nem pode haver limitação ao direito de manter seu CPF. Porém, entende que há direitos onde a limitação patrimonial revela-se razoável, sem que se ofenda de modo intolerável a dignidade do executado, como no caso do direito de ter cartões de crédito, de contrair empréstimos junto a instituições financeiras, tais como o BNDES, ou ainda o direito de participar de licitações e contratar com o poder público. Entende ainda como possível a suspensão da linha de telefone celular do executado, mas não seu acesso à rede de água e de esgoto, ou à rede elétrica⁵⁶⁹.

Sobre o presente tema, entende-se cabível a lição de Pontes de Miranda que ao tratar sobre a função do juiz na atividade executiva, afirma que a execução é praticada no âmbito processual, podendo ser injusta, assim como as sentenças também podem ser. Nesse ponto, em reforço à complexidade da presente questão, deve-se ter em conta a falibilidade do magistrado, apontando que também esta não possui a finalidade de fazer do branco preto e do preto branco. É, justamente, “a discordância possível – às vezes trágica – entre a incidência e a aplicação da regra jurídica. Não raro entre a própria sentença e o seu cumprimento”⁵⁷⁰.

Na tentativa de fixar premissas básicas para a aplicação das medidas atípicas na execução por quantia certa, deve-se perceber que há doutrinadores que defendem a possibilidade de aplicação das medidas atípicas, mesmo sem a previsão normativa específica.

executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁵⁶⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-105.

⁵⁶⁹ BENEDUZI, Renato. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Vol. II. p. 291.

⁵⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo VII. p. 42.

Nesse ponto, entendem que a aplicação de meios atípicos está no mesmo nível do poder geral de cautela, tomando-o como inerente à função jurisdicional. Entendem, outrossim, como inerente à função jurisdicional do Estado, o poder atribuído ao Estado-juiz de efetivar as decisões que profere. Defendendo que o juiz deve ter plenos poderes para executar as suas decisões, afirmam que o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses que podem vir a aparecer na prática forense⁵⁷¹.

Nesse ponto, discordamos desta forma de pensar. No presente trabalho, defendemos a necessidade de previsão legal para que as medidas atípicas sejam aplicadas na execução por quantia certa, ou em qualquer outra espécie de execução. É verdade que o legislador não possui a capacidade de prever todas as hipóteses que podem vir a ocorrer, porém, não se pode ignorar o atual paradigma acerca das discussões sobre as normas jurídicas. Como já afirmado, as cláusulas gerais, por exemplo, visam dar uma vida mais longa às regras e princípios a fim de que se moldem às exigências atuais. O mesmo raciocínio, pode ser aplicado aos princípios jurídicos, que, tal como as regras, possuem suporte fático determinável, aptos a auxiliar a aplicação normativa. Os suportes fáticos abstratos mais complexos, necessitam de amplo debate para que possam incidir e serem aplicados no âmbito das relações sociais. Porém, acredita-se necessária a existência de dispositivo específico para que o Estado-juiz possa invadir o patrimônio de um devedor, aplicando medidas de coação ou de sub-rogação no intuito da satisfação do crédito do credor.

Pontes de Miranda, como visto, quando trata da classificação das regras jurídicas, afirma que a cogência, a dispositividade ou supletividade e a interpretatividade exaurem a técnica distributiva do direito. Ao tratar sobre as regras interpretativas, afirma que por meio destas o direito evita o vazio, o não regramento, para em seguida esclarecer que onde o direito deixa branco, que os interessados podem colorir com o que querem, ou seja, a partir da autonomia privada, ou há regras jurídicas dispositivas (porque o ordenamento jurídico supõe que é necessário preenche-las de vontade ou de regra jurídica), ou há regras jurídicas interpretativas (porque o direito supõe a necessidade de não haver dúvida, se houve vontade),

⁵⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

ou não há regras jurídicas (porque o ordenamento jurídico supõe que pode haver, porém não necessariamente, a vontade)⁵⁷².

Parece-nos, portanto, que a norma jurídica advinda do artigo 139, IV, CPC, pode ser classificada como uma norma jurídica dispositiva, a partir da lição trazida acima, pois necessitará da incidência de outras normas jurídicas para que possa ser aplicada nos casos concretos. Em reforço a essa forma de pensar o citado dispositivo, deve-se ainda levar em conta que não há empecilho a que as partes pactuem negócios jurídicos processuais a fim de regular a aplicação das medidas atípicas na execução, considerando o artigo 190, parágrafo único, CPC.

Nesse ponto, é necessário que se faça referência a posição que também já foi trazida acima, indicando, inclusive, que no âmbito da aplicação da incidência dos comandos normativos contidos do artigo 139, IV, CPC, no que diz respeito à execução por quantia certa, defende-se, aqui que o Código de Processo Civil de 2015 fez uma clara opção pela tipicidade *prima facie*, visto que detalhou o procedimento de execução por quantia certa em mais de cem artigos que são resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como atinentes ao devido processo legal⁵⁷³. Indique-se, todavia, que tal forma de pensar o tema não é inconteste. Nesse sentido, Araken de Assis tratando sobre a compatibilidade do artigo 139, IV, CPC com o artigo 5º, LIV, CF, afirma que os termos elásticos daquele dispositivo sugeriram coisa completamente diferente, pois a fértil imaginação dos cidadãos investidos na função judicante, atemorizadas por execuções que não progridem, acumuladas nos cartórios, e, nas palavras do autor, embaladas na cultura do autoritarismo que é disseminada na cultura processual, conceberam diversas arbitrariedades, construindo a subsidiariedade como único limite à livre criação do órgão judicial, de modo que as medidas atípicas só teriam lugar no caso de frustração do meio executório típico. Aponta, portanto, que nada há no artigo 139, IV, CPC, que indique caráter subsidiário, cuidando-se, pois, de limitação manifestamente arbitrária⁵⁷⁴.

A doutrina aponta ao menos dois equívocos na lição. Para Marcos Youji Minami afirmar que a defesa subsidiariedade é arbitrária, não leva em conta que a especialidade dos

⁵⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. § 18. Versão eletrônica sem paginação.

⁵⁷³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 105.

⁵⁷⁴ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

procedimentos tipificados autoriza sua aplicação em primeiro plano. A especialidade funciona como critério para essa limitação. Partindo da premissa de que existem meios executivos tipificados para determinada circunstância, apenas situações muito especiais autorizam a sua não adoção. O segundo equívoco, nas palavras do autor, é confundir meios executivos com meios de punição aos atos atentatórios à dignidade da justiça. O artigo 139, IV, CPC, não trata da sanção prevista no artigo 774, CPC. Assim, a subsidiariedade significa a possibilidade de utilização meios atípicos quando os típicos se mostrarem inefetivos. Tal não ocorre de forma automática, visto que para iniciar medidas atípicas o magistrado deve motivar essa opção⁵⁷⁵.

Há ainda outros argumentos que são utilizados por autores que defendem a aplicação direta das cláusulas atípicas. Rafael Caselli afirma que na execução de alimentos que utilizam a prisão como medida, a atipicidade pode ser aplicada imediatamente, não levando em conta as medidas típicas, visto que defende que não há qualquer referência à subsidiariedade no artigo 139, IV, CPC, pois se admite-se a prisão civil como medida atípica, nada impediria a aplicação de outras medidas atípicas de forma ordinária⁵⁷⁶. Defende-se ainda como razoável a utilização de medida atípica ao invés da típica, no presente caso, considerando que assim como o credor pode desistir da execução ou de parte dela, conforme o artigo 775, CPC, não haveria empecilho para que ele desista de um meio típico para optar por meio atípico menos drástico, nos termos do artigo 805, CPC⁵⁷⁷.

Sobre o ponto, deve-se relembrar que a primeira manifestação doutrinária acerca da atipicidade – manifestação de cunho coletivo – consubstanciada no enunciado 12 do Fórum Permanente dos Processuais Cíveis⁵⁷⁸, já propunha o que aqui se defende, considerando, portanto, a subsidiariedade de tais medidas. O enunciado foi formulado em 2013, quando um grupo de 178 processualistas de todo o Brasil reuniu-se em Salvador, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), para discutir o então Projeto de Lei que mais tarde

⁵⁷⁵ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 211.

⁵⁷⁶ PEREIRA, Rafael Caselli. Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial e contratual, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 275-306. No mesmo sentido: CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 241-272.

⁵⁷⁷ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 212.

⁵⁷⁸ O enunciado possui o seguinte teor: “(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)”.

tornar-se-ia o atual Código de Processo Civil. Os enunciados advém de pequenos grupos divididos por assunto, onde os participantes debatem sob a presidência de um relator, acerca dos possíveis problemas que possam surgir na interpretação do Código de Processo Civil. No dia posterior, eles são submetidos à discussão e à deliberação plenária e só são aprovados por unanimidade. Da reunião da UFBA nasceu a Carta de Salvador com 105 enunciados, que foi um das primeiras manifestações doutrinárias sobre o Código de Processo Civil de 2015. Pelo que se pode perceber do levantamento histórico elaborado por Marcos Youji Minami⁵⁷⁹, o enunciado nasceu do questionamento da doutrina acerca dos parâmetros e critérios a serem observados no exercício dos poderes atípicos. É importante pontuar que o texto que estava sendo apreciado àquele tempo era outro, ou seja, a redação do inciso IV do artigo 139, CPC, ainda era aquela presente no Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 8.046 de 2010⁵⁸⁰. Assim, Marcos Youji Minami pontua que embora o texto do substitutivo não tratasse expressamente das prestações por quantia, o referido enunciado já as contemplava, pois indicavam a aplicação do artigo 139, IV, CPC, em qualquer obrigação. Outro ponto que mereceu destaque no histórico elaborado pelo autor, foi no sentido da constatação de que o enunciado teria ampla aplicação, não importando nem o tipo de prestação nem o tipo de título executivo. Porém, as deliberações concluíram pela necessidade de limitações. Nesse caso, entenderam que a aplicação do dispositivo deve ser efetuada de forma subsidiária às medidas típicas⁵⁸¹⁻⁵⁸².

⁵⁷⁹ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 202.

⁵⁸⁰ O texto era o seguinte: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito”.

⁵⁸¹ Marcos Youji Minami resume o enunciado 12 do FPPC da seguinte forma: “a) A atipicidade dos meios executivos é ampla, aplicando-se nas execuções de quaisquer espécies de prestações, independentemente do tipo de título executivo que a tenha originado; b) A aplicação da atipicidade dos meios executivos é subsidiária, ou seja, apenas deve ocorrer quando os meios tipicamente previstos, uma vez tentados, não tenham mostrado resultado; c) O contraditório deve ser observado, ainda que diferido; d) A decisão que determinar medidas executivas atípicas deve ser motivada à luz do art. 489, § 1º, I e II”. Cf. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 204.

⁵⁸² No âmbito das manifestações coletivas, merece destaque a proposta apresentada na I Jornada de Processo Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em Brasília entre os dias 24 e 25 de agosto de 2017, que possuía o seguinte teor: “As medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas (v.g., art. 139, IV; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único e 403, parágrafo único, do CPC) podem abranger obrigações de pagar quantia certa e devem ser, cumulativamente: I – Subsidiárias em relação às típicas, salvo quanto à obrigação alimentar; II – de cumprimento possível pelo destinatário; III – precedidas de contraditório; e IV – devidamente fundamentadas quanto a sua escolha”. A referida proposta não foi aprovada.

Um dos primeiros textos individuais sobre o tema publicados pela doutrina brasileira⁵⁸³, é de autoria de Fernando da Fonseca Gajardoni⁵⁸⁴, onde se afirma que silenciosamente, sem que grande parte da doutrina tenha percebido, muito pelo fato de que a regra não está nos capítulos e livros atinentes ao cumprimento de sentença e ao processo de execução, o artigo 139, IV, CPC, parece trazer algo cuja aplicação, a depender do comportamento dos magistrados, pode implicar em verdadeira revolução na sistemática executiva. Ilustra a sua afirmação exemplificando que no caso da ausência do pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superadas as hipóteses tradicionais de adimplemento, ou seja, a penhora de dinheiro e bens, seria lícito o estabelecimento da medida apta a suspender o direito a conduzir veículo automotor até o pagamento do débito, inclusive, com apreensão da CNH do devedor. Em outro exemplo cita que, não efetuado o pagamento de verbas salariais devidas a funcionários de uma sociedade empresária, é possível medida de vedação à contratação de novos funcionários até que seja saldada a dívida, entre outras. Porém, aponta que um dos limites, tendo em vista as possibilidades constantes do artigo 139, IV, CPC, é justamente a excepcionalidade, ou seja, o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação de crédito. Indica ainda que devem ser assegurados ao executado, os direitos e garantias constantes da Constituição Federal. Assim, conforme o autor, as medidas típicas indicadas no ordenamento processual devem ser utilizadas antes das atípicas.

Foi esse o entendimento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na decisão exarada no RHC nº 97.876/SP, da relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, em que a 4ª Turma pôde apreciar um caso que envolvia a utilização de medidas executivas atípicas nas obrigações de pagar quantia certa. Naquela ocasião, o STJ decidiu que a apreensão de passaporte para a cobrança de débito em execução de título executivo extrajudicial ofendeu os direitos processuais do devedor, visto o não esgotamento de meios executivos menos gravosos ao executado.

Tal entendimento, no sentido da excepcionalidade da aplicação de medidas atípicas, reflete o que foi exposto no RHC nº 88.490/DF, de relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, onde o STJ também decidiu que a alternativa processual da atipicidade deve ser precedida do

⁵⁸³ Para um histórico sobre os primeiros trabalhos individuais e coletivos a respeito da atipicidade dos meios executivos no Código de Processo Civil de 2015 consultar: MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 194 e ss.

⁵⁸⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acessado em 02/02/2019.

esgotamento de todas as demais medidas típicas tomadas em execução. Nesse caso, o recorrente impetrou *habeas corpus* contra decisão que, em execução de título executivo extrajudicial, determinou a suspensão da carteira de habilitação como forma, dentre diversas outras já utilizadas, de incentivar o cumprimento da obrigação. No julgamento do HC 428.553/SP, o STJ também seguiu a mesma linha no que tange à subsidiariedade das medidas atípicas. Os fundamentos determinantes (ou *ratio decidendi*⁵⁸⁵) dos julgados indicados acima são bastante claros no sentido de que a utilização de medidas executivas atípicas para a efetividade das obrigações de pagar quantia (o que também alberga a apreensão de passaporte para a cobrança de débito), é possível, desde que respeitados os direitos e garantias do executado, como também que sejam efetuadas de forma subsidiária. “Assumir a viabilidade jurídica das medidas executivas atípicas está longe de representar a ausência de limites em sua aplicação”⁵⁸⁶.

No âmbito jurisprudencial, ainda é importante que se pontue que as discussões sobre a utilização de medidas atípicas na execução, que se iniciaram ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973⁵⁸⁷, concretizaram-se da paradigmática decisão proferida no ano de 2016, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde foi determinada, entre outras, a

⁵⁸⁵ *Ratio decidendi* significa tanto “razão para a decisão” como também “razão para decidir”. Há certos casos em que a fundamentação judicial contém tanto a *ratio decidendi* como o *obiter dictum* (que é literalmente o “apenas por dizer”). Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 68-69. Já Lucas Buri de Macêdo defende que é um erro afirmar que a *ratio decidendi* estaria na fundamentação da decisão, pois o texto da decisão, seja relatório ou fundamentação ou dispositivo, não se confunde com a *ratio* ou norma do precedente. Para ele, extrair a norma de um precedente dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas no caso novo. Assim, não é possível estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente), pois sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 239-242. No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, afirmando que no sistema brasileiro, percebe-se que cada um dos motivos determinantes, suficientes para decidir as múltiplas questões jurídicas, constitui-se em *ratio decidendi*. Por oportuno, as questões prejudiciais necessárias para se chegar à análise do mérito, os motivos determinantes das decisões que tratam de questões resolvidas e favor da parte vencida, e até mesmo cada uma das razões que resolvem as questões contidas em ação com cumulação simples de pedidos, podem conter a *ratio decidendi*. Cf. ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 77-79. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵⁸⁶ AZEVEDO, Júlio Camargo de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Um novo capítulo na história das medidas executivas atípicas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/um-novo-capitulo-na-historia-das-medidas-executivas-atipicas-11062018>>. Acessado em: 02/02/2019.

⁵⁸⁷ BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves de. Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma *never ending story*. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 85; OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil: cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 196-197.

suspensão da Carteira Nacional de Habilitação⁵⁸⁸. As referidas providências foram requeridas em 23 de agosto de 2016, com base – além do artigo 139, IV, CPC – no enunciado nº 48 da Escola Nacional de Magistratura (ENFAM)⁵⁸⁹. O pedido do exequente, efetuado após uma série de tentativas mal sucedidas de expropriação de bens do executado, no bojo de uma processo iniciado em 30 de outubro de 2013, foi no sentido da apreensão do passaporte do executado (com a ressalva da possibilidade de que o mesmo fosse devolvido no caso de premente necessidade de se ausentar do país, desde que houvesse pedido em caráter excepcional, com a respectiva necessidade), da apreensão Carteira Nacional de Habilitação e do bloqueio de todos os cartões de crédito em seu nome⁵⁹⁰. Diante disso, o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo acolheu o pedido afirmando que as medidas atípicas não podem ser utilizadas indistintamente, pois devem se enquadrar dentre critérios de excepcionalidade, para evitar abusos, em prejuízo aos direitos da personalidade do executado. Esclareceu que “as medidas excepcionais terão lugar desde que tenha o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios que o devedor usa a blindagem patrimonial para negar o direito de crédito do exequente”⁵⁹¹. Apontou ainda que a medida não poderia ofender os direitos e garantias constitucionais assegurados na Constituição Federal, exemplificando com a inadmissibilidade da prisão civil por dívida. Porém, afirmou que se o executado não possui meio de solver a dívida objeto do processo, “também não [possui] recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito”.

Com base na fundamentação acima, decidiu que:

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado [...], determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado (sem os grifos do original).

Além da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte e o cancelamento de cartões de crédito, outras medidas passaram a ser requeridas no âmbito do

⁵⁸⁸ A decisão foi proferida no processo nº: 4001386-13.2013.8.26.0011.

⁵⁸⁹ Enunciado nº 48 do ENFAM: “o artigo 139, inciso 4º, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos”.

⁵⁹⁰ Requerimento efetuado no processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011, fls. 249-251.

⁵⁹¹ A decisão consta do processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011, fls. 258-260.

judiciário brasileiro, tais como a suspensão do CPF e do página de determinada empresa na *internet*⁵⁹².

Com relação à suspensão do CPF, houve o indeferimento da medida no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul⁵⁹³. O magistrado fundamentou a sua decisão afirmando que a utilização de medidas atípicas não se mostra adequada a suspender a inscrição de devedores no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, pois isso impediria essas pessoas de manter contas em estabelecimentos bancários, e ocasionando, inclusive, prejuízo ao próprio executado, considerando que impossibilitaria a realização de penhora via Bacen Jud. Nesse mesmo caso, porém, o passaporte do demandado fora recolhido como forma de coerção para pagamento, sob o fundamento de que se o devedor não possui recursos para o pagamento da dívida, também não lhe seria permitido viajar ao exterior.

Parece-nos que tal entendimento está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹⁴, notada a necessidade de que os cidadãos possuam CPF para realizar atos básicos da vida cotidiana, tais como abertura de conta corrente ou poupança, matrícula em escola pública ou particular, inscrição no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, obtenção da carteira de trabalho e Previdência Social - CTPS, cartão de saúde do Sistema Único de Saúde, entre outros⁵⁹⁵. Reforçando o que aqui se defende, frise-se que a Receita Federal, a partir de 2019, fez constar entre as regras para a declaração do imposto de renda, a obrigação de informar o número do Cadastro de Pessoa Física – CPF, de todos os dependentes, inclusive os recém-nascidos. No ano anterior, apenas os dependentes com 8 anos ou mais deviam ter o CPF informado⁵⁹⁶.

Ainda no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, Araken de Assis afirma que a execução submete-se a limites políticos e práticos. No âmbito dos limites políticos, explica que uma longa evolução histórica assoalhou princípios solidamente ligados à dignidade da pessoa humana, de modo que a sua influência esbarra em fronteiras aviventadas pelos direitos fundamentais processuais, não se afigurando lícito ao órgão

⁵⁹² MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador, Juspodivm, 2019. p. 205.

⁵⁹³ Processo nº: 70072106990.

⁵⁹⁴ BENEDUZI, Renato. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Vol. II. p. 291.

⁵⁹⁵ BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal do Brasil. *Mais de 4 milhões de CPF emitidos em certidões de nascimento*. Disponível em: < <http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2018/maio/mais-de-4-milhoes-de-cpf-emitidos-em-certidoes-de-nascimento>>. Acessado em 09/04/2019.

⁵⁹⁶ BRASIL. *Imposto de renda 2019 exigirá CPF de todos os dependentes*. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2019/02/imposto-de-renda-2019-exigira-cpf-de-todos-os-dependentes>>. Acessado em: 09/04/2019.

jurisdicional ultrapassá-los. Em suas mais remotas origens, a execução permitia ao credor assenhorar-se da pessoa do devedor, tendo-o como escravo ou, existindo dois ou mais credores, esquitejá-lo, distribuindo as porções do seu corpo equitativamente entre a pluralidade de credores, conforme os seus respectivos créditos. Posteriormente, deve-se pontuar o período em que era possível a prisão civil por dívida, de resto impossibilitada de ocorrer atualmente por conta da previsão constante do artigo 5º, LXVII, CF, ressalvada a prisão do devedor de alimentos, conforme o artigo 538, § 7º, CPC⁵⁹⁷⁻⁵⁹⁸.

Especificamente sobre a questão da prisão civil do devedor, Marcelo Lima Guerra observa que a proibição imposta pela Constituição serviria apenas para a prisão por dívida, mas não da prisão por descumprimento de ordem judicial. Para o autor, o correto encaminhamento da questão passa pela consciência de que há uma ambiguidade insolúvel, no plano meramente semântico, existente no artigo 5º, LXVII, CF. Afirma, portanto, que a expressão dívida, constante no referido dispositivo legal, admite ser compreendida com dois significados distintos, ou seja, como obrigação de pagar quantia e como obrigação civil, o que faz com que o seu sentido e alcance venham a variar radicalmente. Compreendendo-se dívida como obrigação de pagar quantia, a vedação imposta pelo artigo 5º LXVII, CF, não excluiria a possibilidade de ser admitido no ordenamento jurídico pátrio, o uso de prisão civil para a tutela de outras modalidades de obrigação, tais como as obrigações de fazer ou não fazer. Por outro lado, compreendendo-se dívida como obrigação civil, então a vedação do dispositivo constitucional seria absoluta, excluindo a possibilidade de prisão civil fora das hipóteses legais indicadas. Em defesa da tese ampliativa da prisão civil, o autor explica que ela não implica, necessariamente, em deixar de levar em consideração e proteger, o valor fundamental da liberdade, pois uma interpretação que, no marco teórico dos direitos humanos, leve em conta possível uso da prisão civil fora das hipóteses do mencionado dispositivo constitucional, não permitiria o uso concreto da medida, em situações onde não se revelasse extremamente necessário proteger um outro direito fundamental, com sacrifício da liberdade. Assim, insiste que o uso da prisão civil por dívida é capaz de favorecer a realização de outros direitos fundamentais, que consiste em forte argumento em favor da tese ampliativa, pois

⁵⁹⁷ Nesse ponto deve ser considerada a posição do Supremo Tribunal Federal que, por entender que os Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário impossibilitam a prisão civil por inadimplemento de obrigação contratual, nem a prisão do depositário infiel, firmou o entendimento explicitado no enunciado 25 da sua Súmula Vinculante: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento semelhante, como demonstra o enunciado 419 da sua Súmula: “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

⁵⁹⁸ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

como medida coercitiva, a prisão civil por dívida favoreceria o direito fundamental à tutela executiva. Em defesa de sua posição, indica que não caberia ao legislador uma hierarquização abstrata e absoluta do direito a liberdade individual, pois tal priorização apriorística iria de encontro a teoria dos direitos fundamentais⁵⁹⁹.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem a mesma linha de pensamento indicada por Marcelo Lima Guerra, pugnando pela possibilidade, em caráter excepcional, da utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica, pois tal posição não representaria, em absoluto, desprezo à liberdade individual, pois tal direito não possui caráter absoluto, de modo que deve ser protegida, mas também ser restringida nos casos em que a prisão civil for o único remédio idôneo, necessário e razoável⁶⁰⁰.

Aponte-se ainda a posição de Sérgio Cruz Arenhart, para quem a vedação constitucional constante no artigo 5º, LXVII, CF, diz respeito apenas à imposição de prisão civil para cumprimento de prestação decorrente de liame obrigacional, tenha como objeto obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia. Para o autor, a menção a dívida, no texto constitucional, é empregada no sentido de débito, vinculada, assim, a certo conteúdo obrigacional da prestação, de modo que admite a utilização da prisão civil como medida coercitiva para o cumprimento de ordem judicial, visto que ainda que a ordem imponha uma prestação de conteúdo obrigacional, o objeto maior da prisão seria o de fazer com que o poder de império estatal seja respeitado, resguardando a dignidade da justiça⁶⁰¹.

A esse respeito, fortes na lição de Araken de Assis, entendemos que a tese prevalecente repele a prisão em tal situação, pois a regra constitucional proibiu qualquer prisão que não seja aquela que retribua um ato ilícito penal⁶⁰². No mesmo sentido é a lição de Eduardo Talamini, ao entender que quando o texto constitucional refere-se a dívida, trata do inadimplemento de obrigações em geral, e não apenas das de conteúdo pecuniário, defendendo que a prisão civil não pode ser utilizada como medida coercitiva em outras

⁵⁹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 134-137.

⁶⁰⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-131.

⁶⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003. p. 394.

⁶⁰² ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

hipóteses⁶⁰³. Conforme levantamento efetuado por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁶⁰⁴, há diversos outros doutrinadores que seguem essa mesma linha⁶⁰⁵.

Sobre o tema, deve-se ainda pontuar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica), ratificada em nosso país pelo Decreto Legislativo nº 27/1992 e promulgada pelo Decreto 678/1992, determina no seu artigo 7, nº 7, que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226/1991 e promulgado pelo Decreto nº 592/1992, determina no seu artigo 11, que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual”. Seguindo o entendimento dos Tratados Internacionais citados, o Supremo Tribunal Federal, como indica acima, firmou o entendimento que conduziu ao enunciado 25 da sua Súmula Vinculante: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Já o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento semelhante, como demonstra o enunciado 419 da sua Súmula: “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

Ainda sob a égide dos limites políticos tratados por Araken de Assis, o autor admite que restrições transeuntes ao direito de ir, vir e ficar, sejam utilizadas com o devido comedimento, visto que a pessoa do devedor não pode ser atingida pela atividade executiva senão excepcionalmente e transitoriamente. Destaca que o ordenamento jurídico pátrio alberga o princípio da incolumidade física do executado de modo a fixar o princípio da responsabilidade patrimonial. Tais limites ainda devem ser trabalhados sob a perspectiva do mínimo existencial, pois o ordenamento protege o bem de família, nos termos a Lei 8.009/90. Os bens domésticos e os de uso pessoal, sob certas circunstâncias, também são impenhoráveis, nos termos dos artigos 833, II e III, CPC. No que tange às impossibilidades

⁶⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos devedores de entrega de coisa*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 302.

⁶⁰⁴ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 127. Nota de rodapé nº 64.

⁶⁰⁵ SILVA, Ovídio A, Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 530; OLIVERA, Carlos Alvaro de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. Vol. 8. Tomo II. p. 623-625; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 336. VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 171; THEODORO JR., Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 105, 2002. p. 30.

práticas, o autor exemplifica como os atos de impossível realização⁶⁰⁶, tais como a expropriação de bens daquela que nada possui.

O respeito ao contraditório substancial, na dimensão da possibilidade de influência das partes na construção do provimento jurisdicional ou na dimensão da vedação à decisão surpresa, impõe-se enquanto requisito de validade à decisão que fixa as medidas executivas atípicas. Deve-se também ter em mente a necessidade de plena observância dos direitos e garantias fundamentais do processo presentes na Constituição e a efetiva possibilidade de adimplemento da soma fixada no título executivo (ou seja, a aplicação da medida em face do devedor que, possuindo patrimônio, frustra imotivadamente a execução), que, aliada à subsidiariedade na utilização da medida, formam o suporte fático do artigo 139, IV, CPC⁶⁰⁷⁻⁶⁰⁸.

Considerando o suporte fático da norma jurídica como o fato ou o conjunto deles, onde tal norma irá incidir⁶⁰⁹, pois somente depois que se concretizam tais fatos é que se dá a incidência da norma, juridicizando-os e fazendo surgir o fato jurídico⁶¹⁰, passa-se a tratar sobre o suporte fático onde irá incidir a norma jurídica advinda do artigo 139, IV, CPC.

O suporte fático de um fato jurídico é formado por elementos nucleares (cerne e elementos completantes), elementos complementares e elementos integrativos. Sem os elementos nucleares não se concretiza suficientemente o suporte fático e, assim, não se forma (não existe) o fato jurídico (são pressupostos da existência). Ocorre que os elementos complementares (e integrativos) dizem respeito à perfeição dos elementos nucleares do fato jurídico, são pressupostos de validade e/ou eficácia. Nesse caso, como elementos complementares não influenciam a existência do fato jurídico, mas, sim, a sua validade e/ou eficácia⁶¹¹.

⁶⁰⁶ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.

⁶⁰⁷ AZEVEDO, Júlio Camargo de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Um novo capítulo na história das medidas executivas atípicas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/um-novo-capitulo-na-historia-das-medidas-executivas-atipicas-11062018>>. Acessado em: 02/02/2019.

⁶⁰⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acessado em 02/02/2019.

⁶⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. §7. Tomo I. Versão eletrônica sem paginação.

⁶¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83.

⁶¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42. Nota de rodapé 17.

A aplicação de medidas atípicas será efetuada pelo magistrado, em virtude de determinada situação ocorrida no âmbito do processo. Diante da previsão legal de sua possibilidade, determinará os atos jurídicos (medidas atípicas) que deverão ser cumpridos no âmbito da execução. Não há no artigo 139, IV, CPC, como visto, uma carta branca para que sejam tomadas qualquer tipo de medidas, pois deverão obedecer a subsidiariedade (tendo em vista o insucesso de medidas típicas), o contraditório substancial, a fundamentação analítica e a observância dos direitos fundamentais do executado. Trata-se de uma manifestação da autoridade do magistrado, considerando a sua atuação no âmbito da jurisdição, para escolher as medidas que acredita serem aptas a efetivar a execução.

Tratando-se de medida aplicada pelo magistrado no processo, se está diante de fato jurídico processual, pois, conforme a teoria do fato jurídico, pode-se dizer que um elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico processual é a existência de um procedimento a que se refira. Sem a existência de um procedimento, poderá haver um fato jurídico, porém, não há fato jurídico processual. A processualidade é condicionada à existência de um procedimento a que se refira o fato (manifestação de vontade, conduta ou simples evento) Quando do ajuizamento da demanda o suporte fático do fato jurídico processual se compõe. As vontades manifestadas por meio de atos processuais *latu sensu* que integram o procedimento são sempre receptícias, ainda que se trate de negócios unilaterais, pois não basta a manifestação de vontade, visto que esta deve ser conhecida pelo destinatário⁶¹².

Considerando que haverá manifestação de vontade, passa-se a tratar o fato jurídico no âmbito dos atos jurídicos. Marcos Bernardes de Mello ensina que nesses casos os elementos do cerne são: (I) manifestação consciente de vontade com poder de autorregramento da vontade, ou seja, poder de escolha da categoria jurídica, dentro dos limites prescritos pelo ordenamento, de estruturação da categoria jurídica correspondente e (II) manifestação consciente de vontade, sem poder de autorregramento, onde não há escolha da categoria jurídica nem da estruturação do conteúdo da relação jurídica, que são predispostos pelas normas jurídicas⁶¹³.

⁶¹² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 73 e 207.

⁶¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97.

No caso da aplicação das medidas atípicas, bem como das medidas típicas na execução, há manifestação consciente de vontade com relação a determinado objeto a compor os elementos cerne (vontade) e completantes (existência de processo) do suporte fático.

Os elementos complementares relacionam-se com o (a) sujeito: (I) capacidade de agir; (II) legitimação, poder ativo ou passivo de disposição; (III) perfeição da manifestação de vontade e (IV) boa-fé e equidade⁶¹⁴. Portanto, para que a medida seja válida e possa produzir efeitos, devem ser observados todos os parâmetros apresentados, ou seja, subsidiariedade, contraditório substancial, fundamentação analítica, e respeito aos direitos fundamentais do executado, como elementos completantes.

⁶¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98.

5 CONCLUSÕES

Este trabalho partiu das lições de Pontes de Miranda, em especial dos seus ensinamentos sobre a teoria do fato jurídico, tendo o direito como um dos processos processo sociais de adaptação.

Desse modo, investigou-se a incidência da norma jurídica sobre os suportes fáticos havidos no mundos dos fatos, que, juridicizados, entram no mundo do direito. Para tanto, foram analisadas as lições basilares constantes da obra de Pontes de Miranda, considerando a regra da mudança como a única imutável, pois apta a lidar o plexo social e as suas implicações, também, jurídicas.

Visto o atual paradigma do direito e o tema objeto da presente pesquisa, efetuou-se um levantamento acerca das teorias que tratam sobre as normas jurídicas, visto que são estas que incidem no suporte fático, criando os fatos jurídicos. Assim, concentrou-se, o primeiro capítulo, em trazer diversas manifestações sobre o conceito de norma jurídica, bem como as indicações de que as regras e os princípios pertencem a essa gênero. Partiu-se a tratar da necessidade de interpretação do texto normativo, partindo da advertência de Pontes de Miranda no sentido de rechaçar a utilização da cláusula *in claris non fit interpretatio*, o que faz com que, embasados na doutrina, cheguemos a uma inexorável necessidade de distinguir texto e norma. Demonstrou-se que isso não é um problema insolúvel para o marco teórico aqui adotado, visto que tal teoria aceita a mudança como regra imutável. O que se aplica é o direito, visto sob um aspecto amplo, e não simplesmente a lei tomada como texto no papel. Analisando as diferentes teses sobre o tema, bem como aquelas que rechaçam as que parecem ser as principais lições, percebeu-se que ainda há muito o que ser trabalhado nesse campo, vista a importância das normas para a ordenação da sociedade e a eventual pacificação social por meio do direito. Diante, principalmente, das lições de Marcos Bernardes de Mello, bem como de outros doutrinadores que procuram adequar a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda a esse atual estágio, defendeu-se que não há diferença estrutural entre as regras, princípios, cláusulas gerais ou qualquer outra nomenclatura que seja criada – com base nos argumentos enfrentados no presente estudo – considerando que a complexidade do suporte fático de determinadas normas não faz com que haja diferenças estanques (em termos estruturais) sobre elas. A complexidade do suporte fático, onde irá incidir norma jurídica, não o torna indeterminado, posto que necessariamente determinável.

Foram exploradas também as diferentes formas de se perceber a execução, bem como as questões atinentes à tipicidade e atipicidade, chamando a atenção para a mudança de paradigma que a teoria do direito passou, desde a proibição à interpretação da lei, mediante a criação de tipos estanques, até a necessidade de uma abertura, mediante cláusulas abertas, a buscar uma longevidade normativa a partir da possibilidade de uma interpretação mais abrangente.

Na parte final da pesquisa, buscou-se analisar a atipicidade das medidas executivas por meio da fixação de um suporte fático hipotético, visto que possível retirar do seu âmbito de incidência determinadas hipóteses incabíveis no atual paradigma constitucional.

Dessa forma, têm-se que as medidas atípicas constantes do artigo 139, IV, CPC, bem como qualquer medida atípicas constante do vigente Código de Processo Civil brasileiro, tais como as constantes do artigo 536, § 1º, CPC, deve ser utilizada de forma subsidiária, com a presença do contraditório substancial e de fundamentação analítica. Cite-se ainda que tais medidas não podem utilizar a medida de prisão, nem com qualquer outra proibida pela Constituição e pelos tratados vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, compondo assim os elementos complementares do suporte fático.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 10/12/2018.
- ALEXY, Robert. Balancing and subsumption. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 4, 2003. p. 433-449. Disponível em: <<https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>>. Acessado em: 02/04/2018.
- _____. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. Principios formales. *Doxa*. Alicante: Marcial Pons, num. 37, 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.26>>. Acessado em: 09/06/2018.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 295-315.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Tradução de Santiago Sentir Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963. Tomo II.
- ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 815, 2003. p. 11-31.
- ARAUJO, Clarive von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.
- ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-134.
- _____. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ATAÍDE, JR., Jaldemiro Rodrigues de. ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.
- _____. *Sobre o injustificável desprezo do princípio da legalidade e suas consequências no discurso decisório*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-19-sobre-o-injustificavel-desprezo-do-principio-da-legalidade-e-suas-consequencias-no-discurso-decisorio>>. Acesso em 16/12/2018.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 215, 1999.

_____. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 236, 2004.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do Direito. *Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AZEVEDO, Júlio Camargo de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Um novo capítulo na história das medidas executivas atípicas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/um-novo-capitulo-na-historia-das-medidas-executivas-atipicas-11062018>>. Acessado em: 02/02/2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A norma interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Thais Souza. A função dos princípios na concepção de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. In: DIAS, Jean Carlos (Coord.). *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Gen Método, 2015. Versão eletrônica sem paginação.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sadatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Vol. II.

BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves de. Execução, novas tendências, velhos problemas. *Uma never ending story*. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CATÃO, Adualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. Vol. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=63919>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA, Guilherme Sarri; GAMA, Vinicius Caldas da. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas executivas atípicas. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 241-272.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma à regra matriz de incidência tributária*. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/para-uma-teoria-da-norma-juridica-da-teoria-da-norma-a-regra-matriz-de-incidencia-tributaria-por-paulo-de-barros-carvalho>>. Acessado em 31/10/2017.

_____. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de direito processual civil*. São Paulo: Bookseller, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. COELHO, Fábio Ulhoa. Imperativo da proporcionalidade no processo administrativo sancionador no âmbito do CADE. In: YARSHEL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. O conceito de direito e o direito comercial. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1000, 2019. p. 127-137.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O postulado da razoabilidade e o direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, vol. 101, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. COSTA, Adriano Soares da. *A descritividade da ciência do direito*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

_____. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 270, 2017. p. 19-56.

_____. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A antecipação da tutela à luz da teoria quinária da ação. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 753, 1998. p. 24-48.

DANTAS, Bruno. Tipicidade dos direitos reais. *Revista jurídica da presidência*. Brasília, vol. 20, 2018. p. 439-463.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, 2003.

DIAS, Jean Carlos. Refutações às críticas à tese da resposta certa a partir da abordagem sistemática do pensamento dworkiniano. *Novos Estudos Jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 22, 2017. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v22n2.p700-722>>. Acessado em 17/11/18.

DIDIER, JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 187, 2010. p. 69-83.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Vol. 1.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Vol. 5.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Editora Método: 2008. p. 179-197.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. IV.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nova York: Bloomsbury, 2013. Versão eletrônica sem paginação.

EHRHARDT JR., Marcos. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafrá Sarmento; EHRHARDT JR., Marcos; SILVA Jéssica Aline Caparica da (Coord.). *Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: homenagem a Marcos Bernardes de Melo*. Aracajú: Edunit, 2016.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:*

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7. p. 289-308.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

FELLET, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão eletrônica sem paginação.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Direito, linguagem e interpretação. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980.

_____. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Versão eletrônica sem paginação.

FERREIRA JR., Rubens. Taxa de utilização da marinha mercante: análise crítica e aspectos controvertidos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 970, 2016. p. 299-334.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acessado em: 02/02/2019.

_____; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Execução e recursos: comentários aos CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2018. p. 208 Vol. 3.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. *Novos estudos jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 19, 2014. Nota de rodapé 8. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p285-320>>. Acesso em: 17/11/18.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Gouveia Filho. Da especialidade do procedimento das execuções fundadas em título extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 8. p. 315-364.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Tradução de V. Rohden e A. Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da faculdade de direito – UFPR*. Curitiba: UFPR, vol. 60, 2015. p. 193-213.
- KOSSMANN, Edson Luís; ENGELMANN, Wilson. *A teoria do fato jurídico e os direitos da personalidade: uma (re)leitura mediada pela Constituição*. Disponível em: <<http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/369/309>>. Acesso em 01/12/2018.
- KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75-96.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- LEITER, Brian. *The end of empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st century*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598265>. Acesso em: 15/11/2018.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Principais inovações no processo executivo brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, 1978. p. 37-56.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Vol. 1. Versão eletrônica sem paginação.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 160, 2018. p. 49-64.
- MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University, 2003.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Princípios ou regras: o problema não é distinguir, é aplicar. In: DA SILVA, Jéssica Aline Caparica; EHRHARDT JR., Marcos. (Coord.). *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66.

_____. Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-246.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Técnica processual e tutela de direitos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Leonardo. Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008. p. 327-350.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. MELLO, Marcos Bernardes de. Norma jurídica: Incidência e aplicação. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Org.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 111-146.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENEZES, Djacir. Pontes de Miranda e a evolução do direito brasileiro. *Carta mensal problemas nacionais: conferências pronunciadas nas reuniões semanais do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio*. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos de Comunicação Social da Confederação Nacional do Comércio, 1982.

MERRYMAN, John Henry. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262-285.

MINAMI, Marcos Youji. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15 – do processo para além da decisão. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 218-231.

_____. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019.

MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1 de 1969*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1ª a 45*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1ª a 45*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo IX.

_____. Defesa, guarda e rigidez das Constituições. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, v. 5. p. 19 e ss. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9424>>. Acesso em: 30/11/2017.

_____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 16.

_____. *Sistema de ciência positiva do Direito: introdução à ciência do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I.

_____. *Sistema de ciência positiva do Direito: introdução à ciência do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo II

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo III.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo IV.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo II.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo III.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo IV.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo V.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo VI.

_____. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo VII.

_____. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo II. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo III. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo IV. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo V. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo VI. Versão eletrônica sem paginação.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Tendências na execução de sentença e ordens judiciais. Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. Temas de direito processual civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

NASCIMENTO, Cândida Simon Azevedo. O ordenamento coercitivo de Hans Kelsen: uma análise (crítica) acerca da centralidade da sanção. *Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: PPGD UFPE, vol. 89, 2017. p. 121-142.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 265, 2017. p. 107-150.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *Revista de informação legislativa*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181581>>. Acessado em 01/08/2018.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. O contraditório e a desconsideração da personalidade jurídica na execução de título judicial. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 66, 2009.

_____. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, vol. 46, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194909>. Acessado em 02/12/2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. Vol. 8. Tomo II.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Diego Henrique Nobre de. Algumas questões sobre as astreintes e seu regramento no novo código de processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil: cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos processuais do devido procedimento na elaboração normativa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 286, 2018. p. 21-47.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão eletrônica sem paginação.

RAMALHETE, Clovis. Pontes de Miranda, teórico do direito. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1988. p. 259-270.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Legal principles and the limits of law *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. *Novos estudos jurídicos*. Santa Catarina: Univali, vol. 19, 2014. p. 306. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p285-320>>. Acesso em: 17/11/18.

REALE, Miguel. REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2003. p. 11-13.

_____. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol 74, 1979. p. 195-210.

RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1949.

ROSA, Miranda; AUGUSTO, Felipe. *Sociologia do direito*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

SÁ, Fernando. As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença. A tese de Pontes de Miranda. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 97, 1998. p. 271-282.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Teoria geral da execução e o código de processo civil brasileiro de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR.,

Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico*: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-272.

SAUSEN, Dalton. Da alienação por iniciativa particular. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 158, 2008. p. 107-134.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista fórum de direito civil*. Belo Horizonte: Fórum, n. 5, 2014. Versão eletrônica sem paginação.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Sonegação fiscal no Brasil: reflexões sob a perspectiva da economia do crime. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 127, 2016. p. 297-312.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. Contornos da fundamentação no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Justino Adriano F. da. *Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda*. Porto Alegre: EST, 1981.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 2.

_____. *Do processo cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Execução*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 427-452.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da faculdade de direito da UFMG*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, vol, 50, 2007.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Versão eletrônica sem paginação.

_____. *Verdade e consenso*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, vol. 204.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Medidas executivas atípicas*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 27-56.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos devedores de entrega de coisa*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de introdução e parte geral*. São Paulo: Forense, 2017.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista da processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 59, 1990. p. 72-97.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JR., Humberto. A execução forçada no processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 46, 1987. p. 152-164.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 105, 2002.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação: propostas para minimizá-la. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 109, 2003. p. 134-147.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade dos atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado, vol. 46, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009.

VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, 1995. p. 17-24.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. Vol 1.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, 2003. Vol. 2.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários do código de processo civil (arts. 824 ao 925)*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 109, 2003. p. 45-56.