

A CONSTITUCIONALIDADE E VIABILIDADE PROCESSUAL DA APREENSÃO DO PASSAPORTE E DA CNH COMO MEDIDA EXECUTÓRIA ATÍPICA

Maria Clara Giassetti (IC) e Leopoldo Rocha Soares (Orientador).

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

Em razão da enorme dificuldade de cumprimento das decisões judiciais, gerando inaptidão do processo para atingir os fins almejados, o legislador inseriu no Código de Processo Civil de 2015 o artigo 139, IV, prevendo a possibilidade de adoção de medidas executórias atípicas, objetivando a efetivação das decisões prolatadas pelo juízo. Dentre as várias possibilidades, a apreensão do passaporte e da Carteira Nacional de Habilitação foram elegidas como objeto desta pesquisa. É certo que tal adoção é extremamente delicada e discutível, porquanto, ao mesmo tempo que garante a realização dos direitos do exequente, restringe direitos humanos fundamentais do executado, como a liberdade de locomoção. Assim, o problema que permeia a presente pesquisa é se a apreensão do passaporte e da CNH como medida atípica executória é admissível à luz da Constituição Federal de 1988, bem como quais são os desdobramentos da decisão que adotar o princípio da atipicidade dos meus executivos. Inicialmente queria-se demonstrar a constitucionalidade das medidas atípicas em comento. Para tanto, o método dedutivo-indutivo foi adotado, alinhado a técnicas de pesquisa bibliográficas e a análise de dados essencialmente qualitativos. Concluiu-se, em contrapartida, pela necessidade de controle difuso de constitucionalidade, modulando os efeitos do dispositivo de acordo com o caso concreto.

Palavras-chave: Medidas executórias atípicas. Constitucionalidade. Apreensão passaporte e CNH.

ABSTRACT

Because of the enormous difficulty in complying with judicial decisions, generating inability of the process to achieve the desired ends, the legislator inserted in the Code of Civil Procedure 2015, article 139, IV, providing for the possibility of adopting atypical enforcement measures, aiming the effectiveness decisions made by the court. Among the various possibilities, the seizure of the passport and the National Driver's License were chosen as the object of this research. It is true that such an adoption is extremely delicate and debatable, since, while guaranteeing the realization of the rights of the executor, it restricts fundamental human rights of the executed, such as freedom of movement. Thus, the problem that permeates this research is whether the seizure of passports and driver's license as an atypical enforcement measure is admissible under the 1988 Federal Constitution, as well as what are the consequences of the decision to adopt the principle of atypicality of my executives. Initially, we

wanted to demonstrate the constitutionality of the atypical measures in question. For this, the deductive-inductive method was adopted, in line with bibliographic research techniques and the analysis of essentially qualitative data. It was concluded, on the other hand, for the need for a diffuse control of constitutionality, modulating the effects of the device according to the specific case.

Keywords: Atypical enforcement measures. Constitutionality. Seizure passport and driver's license.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 prevê em seu artigo 139, IV, a possibilidade de adoção de medidas atípicas na execução. Ou seja, além das medidas nominadas ao longo do referido diploma, o juiz passa a ter poderes aptos a implementar medidas inominadas, não previstas expressamente na legislação, para fazer valer o cumprimento das ordens judiciais.

A intenção do legislador ao construir o CPC era garantir a efetivação das decisões judiciais. Com esse fito, foi adicionado o dispositivo ora estudado. Dentre a vasta gama de medidas atípicas que podem ser adotadas, destacam-se na presente pesquisa a apreensão do passaporte e da CNH do executado.

Assim, a indagação que se faz é: a apreensão do passaporte e da CNH como medida executória atípica é admissível à luz da Constituição Federal de 1988? Quais são os desdobramentos da decisão que conceder tal medida atípica?

Cumprе salientar que o presente estudo não tem por objetivo se aprofundar nas classificações das medidas executórias, mas sim debater a constitucionalidade, ou não, de uma manifestação específica das medidas atípicas, qual seja, a apreensão do passaporte e da CNH.

Finalmente, a metodologia empregada na presente pesquisa foi a dialética, com pesquisa bibliográfica, aliada a procedimento empírico observacional e análise de dados essencialmente qualitativos.

1. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

A medida em análise tem um claro propósito, favorecendo o credor de uma obrigação inadimplida e, indiretamente, toda sociedade que se aproveita de mecanismo imperioso de segurança e estabilidade das relações jurídicas (ou certeza do direito). Contudo, tal mecanismo não pode ser aplicado desmedidamente em desfavor do devedor, sendo que o presente estudo procura mensurar a aplicação das medidas atípicas previstas pela lei processual, analisando a constitucionalidade das mesmas.

Para se aferir se determinado procedimento é ou não constitucional mostra-se necessário analisar se este provoca afronta à Constituição Federal. Para tanto, possivelmente o primeiro aspecto a ser estudado é o devido processo legal.

1.1. O princípio do devido processo legal

O devido processo legal foi esculpido na Constituição Federal Brasileira de 1988 no artigo 5º, inciso LIV, o qual aduz “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, tem por objetivo a garantia de que o cidadão apenas tenha seus direitos e liberdades restringidos após um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por

meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa

Tal princípio é oriundo do Direito inglês, que sob o enunciado do *due process of law* foi pela primeira vez mencionado na Magna Carta, de 1215. A importância desse direito fundamental de primeira dimensão, cujo embasamento se dá no trinômio vida- liberdade- propriedade (MESQUITA, 2006, p. 210), é imperiosa, porquanto todas as consequências processuais dele decorrentes importam ao Estado Democrático de Direito.

Seus efeitos, por sua vez, são mensurados em duas dimensões: formal (processual, adjetivo ou procedimental) e material ou substantivo (BARRETO, s.d., p. 7). A dimensão formal tem relação com o processo (administrativo ou jurisdicional) que deve ser permeado de garantias que justifiquem a possível e eventual restrição de direitos (de liberdade ou patrimonial) que surja como resultado de uma demanda. A dimensão material exige a razoabilidade e a proporcionalidade na concepção e na aplicação da norma jurídica, o que ainda será abordado oportunamente.

De forma geral, segundo NERY JUNIOR (2013, p. 97), “tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*”, ou seja, do devido processo legal. Daí o porquê de se dedicar parte da pesquisa à garantia deste direito.

É certo que o devido processo legal formal (*procedural due process*), seja na esfera cível, criminal ou administrativa, se reflete no direito ao contraditório, à ampla defesa, ao princípio do juiz natural, à publicidade dos atos processuais, ao direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, e ao direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (RAMOS, 2015, p. 621; MENDES e BRANCO, 2018, p. 587), além dos demais desdobramentos causados por cada uma dessas “sub garantias”.

NETTO (2000, p. 13) ensina que a faceta formal do devido processo legal

garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos

BARRETO (s.d., p. 8) conclui que o caráter formal do devido processo legal significa “as influências e repercussões, no campo do direito processual, do princípio do devido processo legal”, enquanto MESQUITA (2006, p. 210) complementa afirmando que o princípio atua na “tutela direitos por meio de um processo regular”.

No que diz respeito à presente pesquisa, é importante pontuar que a dimensão formal do devido processo legal garante ao devedor o direito a um processo jurisdicional que lhe proporcione todos os meios de defesa, opondo-se em efetivo contraditório a todas as

investidas por parte do credor, mantida a equidistância entre tais partes, não havendo que sofrer qualquer pré-julgamento pelo fato de ser, ao menos em tese, devedor.

No âmbito material, o controle acerca do cumprimento do devido processo legal tem origem na ideia do *judicial review*, aparato processual originado do caso estadunidense *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e com o qual abriu-se precedente de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Após quarenta e sete anos, aproximadamente, as Cortes estaduais passaram a declarar que as leis, para além de serem formalmente constitucionais, deveriam também ser razoáveis substancialmente. Assim, teve início a revisão judicial dos atos governamentais “com a verificação da compatibilidade entre meio empregado e os fins visados, ou seja, o mérito do ato vergastado, quando for o caso de restrição à vida, liberdade e propriedade, para o exame de sua constitucionalidade” (BARRETO, s.d., p. 11).

MESQUITA (2006, p. 211) aduz a permanente necessidade de intervenção judicial nas atividades legislativas – e estatais em geral –, tratando de uma “bipartição ideológica”. Com efeito, passou-se a entender que a garantia do trinômio do devido processo legal (qual seja, vida, liberdade e propriedade) não deveria acontecer apenas no âmbito processualístico, “porque de tão amplo deveria cuidar de corrigir eventuais abusos do poder soberano ao legislar” (p. 211). Em outras palavras, criou-se a ideia do devido processo legal como vinculador entre a produção legislativa e a ideia de razoabilidade e proporcionalidade.

Posto isso, a faceta material (*substantive due process*), autorizada pela Constituição, adverte a competência a ser exercida pelo Poder Judiciário, “no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos” (NETTO *apud* BARRETO, s.d., 7).

Nesse sentido, o julgamento da ADI 1.1511-MC:

Também, o STF reconhece como implícito ao art. 5º, LIV, o chamado *devido processo legal substancial*, que consiste em limite ao poder de legislar, devendo as leis ser elaboradas levando-se em consideração os princípios de justiça, sendo dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), guardando um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir (ADI 1.511-MC, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-1996, Segunda Turma, DEJ de 27-02-2009).

Assim, no que tange a esfera material, esta interfere diretamente no direito envolvido, podendo ser entendida como uma habilidade do Judiciário de poder “desdizer a substância da legislação [...] com vistas à adequação à Constituição” (BARRETO, s.d., p. 7). Ou seja, o objetivo é corrigir o procedimento e controlar a constitucionalidade da norma, valendo-se de

parâmetro a razoabilidade e/ou a proporcionalidade e “não apenas a ofensa a algum dispositivo específico da Constituição” (p. 10).

MESQUITA (2006, p. 211) conclui a esfera material do devido processo legal se referir à “criação das normas de direito material”.

1.2. O instituto das medidas executórias atípicas

O Novo Código de Processo Civil aduziu, expressamente, a possibilidade de medidas atípicas na execução, visto que, até então, o órgão julgador somente poderia valer-se de meios expressamente previstos na legislação.

Para entender o instituto das medidas atípicas executórias – típicas ou atípicas –, possivelmente, um dos primeiros e mais importantes aspectos a se abordar é o *princípio da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos*. Sobre este, DIDIER (et al. 2017, p. 99) escreve que, durante muito tempo, a concepção da necessidade de limitar a atividade do Judiciário, a fim de evitar arbitrariedades e, assim, garantir a segurança psicológica do cidadão – ou garantir suas liberdades e direitos –, foi admitida. Olvidava-se, entretanto, da impossibilidade de o legislador atuar em todas as frentes e pensar em todas as hipóteses cabíveis aos casos concretos, com suas respectivas particularidades.

Assim, o autor explica, ainda, que o referido princípio deu lugar ao *princípio da atipicidade*, também alcunhado de *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*. Este, por sua vez, amplia a abrangência da atuação do magistrado ao aceitar a aplicação das medidas que julgar mais adequadas ao caso individual - como a coerção direta ou indireta -, desde que “idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial” (MARINONI e ARENHART, 2007, p. 61).

Ademais, as medidas executórias atípicas estão previstas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil. Ou seja, com o CPC/2015 estas tomaram seu lugar expresso na legislação, não mais dependendo apenas de fundamentação principiológica para sua aplicação. Há que se falar, outrossim, que não obstante o mencionado artigo, existem mais dois enunciados legais que o embasam o instituto das medidas executórias atípicas: art. 297 e art. 536, §1º, do CPC. Ou seja, as medidas típicas são àquelas previstas expressamente no texto legal, ao passo que as medidas atípicas são as que não estão previstas expressamente, ensejando a possibilidade do juízo de determiná-las conforme entender necessárias ou úteis à execução.

DIDIER (et al. 2017, p. 103), sobre a aplicabilidade do artigo 139, IV, CPC, leciona que este é aplicável a qualquer atividade executiva, seja provisória ou definitiva, quando fundada

em título executivo judicial, ou nas hipóteses de título executivo extrajudicial, não importando em nenhum dos casos se a obrigação for de pagar quantia, fazer, não fazer ou entregar coisa.

As medidas atípicas, conforme elucidado no próprio artigo comentado, se subdividem-se em a) indutivas, b) coercitivas, c) mandamentais ou d) sub-rogatórias.

Brevemente, as medidas indutivas e coercitivas objetivam a efetivação da tutela específica ou obtenção de resultado prático equivalente sem que haja substituição da atividade, mas sim de sua indução. A diferença entre estas espécies se dá na forma como a indução é realizada (TALAMINI, 2018, p. 31). Enquanto as medidas indutivas induzem de forma positiva (prêmios, como isenção de custas processuais, redução de honorários sucumbenciais, etc), as coercitivas induzem de forma negativa (sanções como multas, advertências, etc) (MEIRELES, 2017, p. 9).

As medidas sub-rogatórias, por sua vez, visam a efetivação de tutela específica ou obtenção de resultado prático equivalente por meio de substituição da atividade do executado TALAMINI (2018, p. 31). Ou seja, um terceiro realiza a ação necessária pelo réu, o qual deverá arcar com os devidos custos.

Por fim, as medidas mandamentais, as quais seu descumprimento enseja crime de desobediência. Esta espécie possui caráter residual e apenas é utilizada caso as demais espécies não caibam no caso concreto (MEIRELES, 2017, p. 7).

Contudo, a aplicação efetiva e prática de tais medidas encontram limites na norma fundamental garantidora de direitos fundamentais. Isso porque a satisfação do direito de uma pessoa não pode se dar em detrimento desproporcional do direito de outra, partindo-se da premissa de que o contrato social deve privilegiar o interesse legítimo de todos, como expressão d vontade geral. É com esse escopo que passamos a analisar, de um modo geral, a teoria dos direitos fundamentais, para que possamos, na sequência, experienciar um juízo, ainda que objetivo, de ponderação.

1.3. Teoria dos Direitos Fundamentais e a ponderação como solução hermenêutica

Os direitos fundamentais, segundo ALEXY (2017, p. 92) podem ser sopesados, e assim não são inflexíveis. Isso significa que quando dois direitos fundamentais entrarem em conflito, um deles poderá prevalecer sobre o outro. Para determinar tal sobressalência, o autor define diversos critérios a serem analisados, os quais serão elucidados adiante.

É certo que o primeiro aspecto a ser tratado é a caracterização de uma norma direito fundamental como regra ou princípio. Isso porque regras são posições definitivas e princípios

são *prima facie*, mandamento de otimização (ALEXY, 2017, p. 90). Assim, o autor tece sua tese de que, em sendo mandamento de otimização, obrigando que algo seja realizado de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, na medida do possível. Um princípio pode ser cumprido gradualmente, em parte, sem perder sua validade. As regras, entretanto, são deveres definitivos, aplicados por meio de subsunção, ou seja, pelo enquadramento do caso concreto à norma legal em abstrato e não possuem flexibilidade: ou é efetivado ou não é. Se não efetivado, porém, culmina-se em declaração de nulidade da regra.

Tendo em comento o princípio da proporcionalidade, ALEXY aduz ser a terminologia “princípio” errônea, devendo, na verdade, chamar-se “*regra da proporcionalidade*”, uma vez que produz efeitos em variadas medidas e é aplicado, de forma invariável, pela subsunção – característica essa própria das leis. Ademais, SILVA (2002, p. 24) define a regra da proporcionalidade como

[...] uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.

O *princípio da proibição de excessos* embora relacionado ao tema em tela, não se confunde com o princípio da proporcionalidade, conforme segue explicando o autor:

O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal suficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas **a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo da regra da proporcionalidade e proibição de excesso.** – grifei.

Insta salientar, também que, ao passo que a proporcionalidade exige os exames de adequação do meio, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação entre vantagens e desvantagens, o *princípio da proibição de excesso* incide essencialmente sobre o direito fundamental a ser restrito excessivamente, dispensando os referidos exames necessários à análise da proporcionalidade. Neste último, averiguar-se-á apenas a eficácia de um determinado direito fundamental (DIDIER, 2017)

Outrossim, quanto ao princípio da razoabilidade e à regra da proporcionalidade, embora estes se assemelhem, na medida em que ambos pretendem controlar as atividades legislativas ou executivas, “limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa caso seja aplicado um ou outro critério”. Destarte, evidente que os dois conceitos não são sinônimos. Isso porque possuem contextos históricos e estruturas diferentes – enquanto o primeiro é germânico, o segundo é norte-americano e, enquanto o primeiro tem uma estrutura definida, o segundo possui três sub regras a serem analisadas. A razoabilidade, chamada na Inglaterra de

princípio da irrazoabilidade, destina-se a afastar apenas aqueles atos extremamente não razoáveis, não equivalendo, destarte, à regra da proporcionalidade.

DIDIER (2017, p. 100) aduz que a razoabilidade se dá em três formas, quais sejam: a) como dever de equidade, exigindo o enquadramento da norma abstrata na hipótese concreta e impondo a consideração do que “normalmente acontece em detrimento do que é extraordinário” ; b) como dever de congruência, exigindo o enquadramento das condições externas à norma abstrata e c) como dever de equivalência, exigindo “a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (p. 112)

SILVA (2002, p. 33) traça críticas aos Tribunais brasileiros ao dizer que estes parecem entender, equivocadamente, que “é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade”:

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.

Ou seja, na maioria das vezes que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se refere ao princípio da proporcionalidade, quer se referir à análise da razoabilidade, visto que, embora o primeiro seja mencionado corretamente, “[...] quando da análise da suposta aplicação, esses exames desaparecem” (SILVA, 2002, p. 33).

Ademais, não há previsão expressa da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que os Tribunais a fundamentam em diversos dispositivos constitucionais diferentes. Por outro lado, há tese no sentido de que a proporcionalidade integra o artigo 5º, §2º, da Constituição. Sobre esse assunto, Virgílio Afonso da Silva assevera a regra da proporcionalidade não decorrer de dispositivos legais, mas sim da própria estrutura dos direitos fundamentais (2002, p. 54).

A regra da proporcionalidade, outrossim, se subdivide em três sub regras, quais sejam, a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2017, p. 588). Estas devem ser aplicadas necessariamente nesta ordem, porquanto se relacionam subsidiariamente entre si, de modo que o juiz deve proceder com elas até o momento em que o conflito for solucionado, nem sempre sendo necessária a aplicação de todas.

[...] Em termos claros e concretos, com subsidiariedade, quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. (SILVA, 2002, p. 36)

De outro modo, ÁVILA (2015, p. 20), a proporcionalidade manifesta-se nas

[...] situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Além disso, sucintamente, a adequação, segundo SILVA (2002, p. 37), na definição de Martin Borowski, é uma medida estatal que, quando empregada, faz com que o “objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado*”, não sendo necessário que leve à realização do fim pretendido. Quanto à necessidade, Virgílio aduz um ato estatal limitante de direito fundamental somente ser *necessário* quando a realização do objetivo perseguido não puder ser concretizada com a mesma eficácia por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Outrossim, a análise da última sub regra - a proporcionalidade em sentido estrito - tem o escopo de sopesar “a intensidade da restrição ao direito fundamental e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 32).

Esta última sub regra, insta salientar, é a mais relevante para o tema que se quer discutir neste trabalho, uma vez que, para o ato ser considerado desproporcional em sentido estrito basta que “os motivos que fundamentaram a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido”. Vale lembrar que se pretende concluir pela constitucionalidade, ou não, da apreensão de passaportes e CNHs como medida atípica executória, passando-se, destarte, inevitavelmente, pela proporcionalidade da decisão do juiz, como será demonstrado posteriormente.

Ademais, quando do conflito entre duas regras de direito fundamental, são dois os caminhos possíveis a se seguir: a) introduzir em uma das regras uma cláusula de exceção ou b) declarar a invalidade de uma das regras (ALEXY, 2017, p. 92), visto o referido conflito acontecer na esfera da validade da norma, já que inflexíveis.

Quando houver conflito entre princípios de direito fundamental, porém, a *lei da colisão*, apresentada por ALEXY (2017, p. 93), prevê a aplicação de uma fórmula resultante em um sistema de precedência condicionada. É certo que, diferentemente do conflito entre regras, aqui a colisão se encontra na dimensão do peso do princípio, ou seja, em determinadas condições (C), um princípio (P¹) precede outro princípio (P²), suscitando um resultado (R) específico. Em outras palavras, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (2017, p. 99).

Se o princípio P^1 tem precedência em face do princípio P^2 sob condições C : ($P^1 \succ P^2$) C , e se do princípio P^1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \Rightarrow R$ (ALEXY, 2017, p. 99).

Para tanto, o sopesamento é feito aplicando a máxima da proporcionalidade, com suas três já citadas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Dando andamento, SILVA (2015, p. 237) leciona que o Direito positivo cuida apenas da liberdade objetiva, ou seja, das liberdades de fazer e atuar, as quais ele restringe a cinco; dentre elas (1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação) e (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão).

E segue dizendo que “a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que: ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico” (SILVA, 2015, p. 237).

1.4.A problemática da apreensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação

ASSIS (2015) aduz serem inconstitucionais as medidas adotadas sob a hedge da atipicidade das medidas executivas, porquanto violam os direitos fundamentais preconizados no artigo 5º da Constituição: “é ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma parte e em detrimento de outra”. O autor conclui que (2019):

O artigo 139, IV, não constitui regra revolucionária, mas ensejou, graças à falta de determinação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias, a adoção de pena civil, sem previsão legal específica, e, por isso, flagrante inconstitucionais à luz do artigo 5º, LIV, da CF/1988.

Outrossim, PAPINI (2018, p. 7) aduz que “quando lançaram a tese da atipicidade dos meios executivos, argumentou-se que as medidas mais extremas seriam para casos gravíssimos (o credor trabalhista que passa fome enquanto seu ex-empregador passeia de Maseratti na Riviera Francesa).”

E continua:

O problema da violação de Direitos/Garantias Fundamentais é que, num primeiro momento, essas medidas são tomadas para caçar tarados e pedófilos e todos aplaudem sob o argumento de que, é necessário enfiar a mão em locais não muito limpos para combater esse tipo de chaga social. Não demora muito o critério para a relativização dos Direitos vai se afrouxando para chegar às pessoas que, num primeiro momento, aplaudiram o “vale-tudo-para-caçar-tarados”. (PAPINI, 2018, p. 7)

Logo vê-se que o principal ponto controvertido tange a afronta aos direitos fundamentais, como as liberdades fundamentais.

Nesse sentido, SILVA (2015, p. 237) leciona que o Direito positivo cuida apenas da liberdade objetiva, ou seja, das liberdades de fazer e atuar, as quais ele restringe a cinco; dentre elas (1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação) e (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão). E continua dizendo que “a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que: ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico”.

O autor afirma que, do dispositivo legal que aborda as liberdades, se extrai a concepção de que estas, quaisquer que sejam as formas, só poderão sofrer restrições por normas jurídicas que impuserem uma conduta positiva ou proibitiva, de abstenção, oriundas do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento constitucional. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.

Finalmente, SILVA (2015, p. 237), sobre a liberdade de locomoção, assevera que esta “[...] constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico [...]”, sendo, pois, a primeira manifestação da liberdade geral de ação. Por fim, a subdivide entre liberdade de locomoção e liberdade de circulação.

Por outro lado, referente a liberdade de ação profissional, também chamada de liberdade de trabalho, esta confere liberdade ao indivíduo para escolher o ofício que o exercerá, na medida em que este conseguir, por esforço próprio ou sorte, romper as barreiras que lhe forem impostas - como a necessidade de diplomas, etc.

PAPINI (2018, p. 18) aduz equivalência entre a apreensão do passaporte e da CNH do devedor e o Direito Penal do Inimigo, uma vez que este segundo se relaciona diretamente a ideia de que uma lei pode deixar de ser aplicada, em determinadas situações, em desfavor do acusado, por ser visto como “inimigo” do Estado e da sociedade. Ou seja, nesses casos, o acusado/executado deixa de gozar das garantias comuns a todos os cidadãos.

É certo, entretanto, que o mesmo autor afirma a incoerência de, por exemplo, um ex-empregador passear de Maserati na Riviera Francesa enquanto seu credor trabalhista passa fome (2018, p. 107). Nesse caso, e esgotadas as demais possibilidades de meios típicos e atípicos menos gravosos, a apreensão dos referidos documentos pode ser analisada e, eventualmente, considerada proporcional e razoável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a hipótese inicial desta pesquisa era pela constitucionalidade das medidas executórias atípicas. Ao longo do trabalho, todavia, se tornou evidente a necessidade de optar por controle difuso de constitucionalidade, ou seja, a constitucionalidade ou não

depende do caso concreto. Como mencionado ao longo desta pesquisa, a garantia constitucional do devido processo legal material visa, principalmente, evitar arbitrariedades, mantendo a proporcionalidade entre os meios empregados às restrições de direitos e os fins almejados, sendo, por tanto, constitucionais.

Não é possível se definir, a prioristicamente, a constitucionalidade das medidas em análise, mesmo que os benefícios sociais sejam notórios (além da satisfação do direito de crédito e a sensação de segurança jurídica, a utilização das medidas atípicas criam espaço para a diminuição dos juros bancários, fomentam negócios, etc). Isso porque o abuso de direito também traz reflexos de ordem difusa que acabam por ofuscar as benesses das medidas, caso estas não atendam, no caso concreto, a dimensão material da proporcionalidade.

Por isso, e considerando a regra da proporcionalidade, tem-se que, a depender do caso concreto, a apreensão do passaporte ou da CNH do executado a fim de incentivar o cumprimento da decisão judicial pode ser, ou não, constitucional. Ou seja, a análise de constitucionalidade da adoção destas medidas não pode se dar de forma concentrada, cabendo, na verdade, controle difuso.

É certo, ainda, que as medidas atípicas possuem caráter residual e subsidiário, apenas devendo ser utilizadas nos casos em que, esgotadas as possibilidades típicas, menos gravosas, forem insuficientes, evidenciando concomitantemente a gravidade de seu conteúdo material e, assim, a cautela na utilização em face das peculiaridades do caso concreto. Até porque a apreensão do passaporte ou da CNH do devedor pode não surtir efeito algum quanto à satisfação do crédito, a não ser pela intimidação, ou coação, o que não é adequado no seio de um Estado Democrático de Direito.

Ainda, percebe-se que tais medidas podem ser reflexo de um certo revanchismo, oriundo de uma pretensa ideia popular vulgarizada de que devedor tem que sofrer, presumindo-se quase que absolutamente a sua condição de pobreza, e assim não necessitaria realizar viagens internacionais ou locomover-se de carro. Com isso, deturpa-se o próprio princípio da boa-fé objetiva.

Por fim, a medida pode até ser contraproducente na medida em que o devedor, desprovido de meios que permitam a realização de viagens e a locomoção por veículo automotor, pode deixar de realizar adequadamente uma atividade profissional que proporcionaria o adimplemento da dívida que reconhecidamente tenha. Nesse sentido é que

aplicar-se-ia o princípio da razoabilidade, evidenciando-se a insuficiência da medida extrema adotada em sede de execução.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 2º v.

ASSIS, Araken de. **Cabimento e Adequação dos Meios Executórios Atípicos**. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Org.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodvim, 2019. Cap. 5.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETO, Ana Luisa Barbosa. **O Devido Processo Legal Substantivo e sua Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-devido-processo-legal-ana-luisa-barbosa-barreto.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015.

DIDIER, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2017. 5º v.

FERREIRA, Gabriela Macedo. **Poder Geral de Efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV do Código de Processo Civil**. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Org.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodvim, 2019. Cap. 15.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A Revolução Silenciosa da Execução por Quantia**. 2015.

MINAMI, Marcos Youji. **Uma Justificativa às Medidas Executivas Atípicas**. In: _____; TALAMINI, Eduardo (Org.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodvim, 2019. Cap. 2.

NETTO, André L. Borges. **A Razoabilidade Constitucional** (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - MAIO/2000, extraído do site: www.planalto.gov.br apud BARRETO, Ana Luisa Barbosa. **O Devido Processo Legal Substantivo e sua Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-devido-processo-legal-ana-luisa-barbosa-barreto.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

PAPINI, Paulo Antônio. **Medidas Atípicas para Cumprimento de Ordem Judicial: Suspensão do Passaporte e CNH do Devedor**. São Paulo: Lualri, 2018. 107 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que Fazer Quando o Executado é um Cafajeste. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Org.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodvim, 2019. Cap. 3.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESQUITA, Gil Ferreira. O devido processo legal em seu sentido material:: breves considerações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 170, n. 43, p. 209-2020, abr. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92748>. Acesso em: 20 set. 2020.

NETTO, André L. Borges. A RAZOABILIDADE CONSTITUCIONAL (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos) Revista Jurídica Virtual Brasília, vol. 2, n. 12, maio 2000, extraído do site: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1030/1014>

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, n. 23-50, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 936 p.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: _____; MINAMI, Marcos Youji (Org.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodvim, 2019. Cap. 1.

Contatos: mariagiassetti@gmail.com e leopoldo.soares@mackenzie.br