

Marcos Youji Minami

DA VEDAÇÃO AO *NON FACTIBILE*

**Uma introdução às medidas
executivas atípicas**

**2ª EDIÇÃO
REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA**

2020

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

de qualquer maneira¹⁵⁸, pelo que esta pesquisa propõe parâmetros mínimos a serem observados para a aplicação dessa atipicidade. Antes de tratar desses parâmetros, é chegado o momento de verificar como a doutrina atual está compreendendo a atipicidade executiva ampla inaugurada pelo atual CPC.

8. ANÁLISE DAS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

8.1 Apresentação

A partir de agora será analisada a doutrina escrita, tendo como enfoque o atual código. Muitos desses estudos trataram especificamente da atipicidade no contexto do CPC/2015. Outros, apesar de abordarem as novidades na execução ou as medidas executivas no atual código, não atinaram para a generalização da atipicidade ocorrida em 2015. As páginas seguintes devem demonstrar que, a despeito da importância, o tema demorou para ser compreendido e discutido pela doutrina e tribunais no Brasil.

Quando o atual Código ainda estava em análise pelo Congresso, várias obras foram publicadas, notadamente entre 2010 e 2014, discutindo as possíveis mudanças que viriam¹⁵⁹. Embora nessa época muitos escritos

158. Como ficou claro, principalmente, no desenvolvimento dos itens 2.2.4 e 2.2.5.

159. Além dos periódicos e cursos que já traziam referências ao novo CPC, destacam-se as obras coletivas: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*/ Coordenadores: Flaviane de Magalhães Barros; José Luis Bolzan de Moraes. Belo Horizonte: Fórum, 2010. DIDIER JR. Fredie. *O projeto do novo código de processo civil – estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha*/ Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Henrique Moura Araujo, Rodrigo Klippel. Salvador: Juspodivm, 2011; ADONIAS, Antonio. *Projeto do novo código de processo civil – 2ª série – estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*/ Coordenadores: Antonio Adonias e Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2012; RODRIGUES, Walter dos Santos. *O novo código de processo civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC*/ Coordenadores: Walter dos Santos Rodrigues e Marcia Cristina Xavier de Souza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012; FREIRE, Alexandre. *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*/ Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo, Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2013; FREIRE, Alexandre. *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil – Volume II*/ Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo, Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2014; FREIRE, Alexandre. *Novas tendências do processo civil – estudos sobre*

tenham debatido acerca dos poderes do juiz, ou diretamente¹⁶⁰, ou a partir de discussões diversas que, de uma forma ou de outra, envolviam o assunto¹⁶¹,

o projeto do novo código de processo civil – Volume III/ Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo, Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2014; ALVIM, Arruda. Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis/ Coordenação Arruda Alvim... [et. al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

160. É possível citar vários exemplos de discussões sobre os poderes do juiz nas quais a questão da atipicidade dos meios executivos não recebeu destaque. Flávia Pessoa, em artigo, objetivando analisar criticamente os poderes do juiz do CPC/1973, em cotejo, ao então Projeto de novo CPC, não cita nem o art. 461 do código revogado e, mesmo quanto cita o art. 118, inc. III, do Projeto de Lei (que tornar-se-ia o atual art. 139, IV), comenta apenas: “Interessante ainda assinalar a especial preocupação do código com o efetivo cumprimento das ordens judiciais, problema crônico na justiça brasileira, em que um dos principais pontos de descrença no judiciário é justamente a falta de efetividade de suas decisões” (PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. “Os poderes do juiz no projeto do novo Código de Processo Civil”. *O projeto do novo código de processo civil – estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha/* Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Henrique Moura Araujo, Rodrigo Klippel. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 113); Bruno Redondo em artigo também sobre os poderes do juiz cita expressamente o art. 118, III (atual 139, IV), mas não tece maiores comentários sobre ele (REDONDO, Bruno Garcia. “Deveres-poderes do juiz no projeto de Novo Código de Processo Civil”. *Projeto do novo código de processo civil – 2ª série – estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos/* Coordenadores: Antonio Adonias e Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 190). Milton Carvalho, em texto sobre os poderes do juiz e garantias fundamentais à luz do novo CPC não trata do tema da atipicidade dos meios executivos (CARVALHO, Milton Paulo de. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual” *O novo código de processo civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC*, Elsevier, 2012, pp. 123-138). Também sobre os poderes do juiz o texto “Reflexões sobre os poderes do juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil” de Walter Rodrigues não enfrentou o tema aqui discutido (RODRIGUES, Walter dos Santos. “Reflexões sobre os poderes do juiz a partir do projeto do novo código de processo civil” *O novo código de processo civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC*, Elsevier, 2012, pp. 139-158).
161. Alguns exemplos podem ser citados. Leonardo Greco em escrito tratando acerca da efetividade das decisões à luz do CPC de 2015 (GRECO, Leonardo. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual” *O novo código de processo civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC*, Elsevier, 2012, pp. 1-45), demonstra sua preocupação com vários pontos como a atuação jurisdicional para tutela dos mais fracos e de grupos minoritários de modo a suprir eventuais omissões legislativas ou do poder executivo, em ações bem-intencionadas, mas que podem levar a arbítrios. No tocante à execução, preocupa-se Greco com as execuções manejadas mesmo sem quaisquer perspectivas de recebimento pelo credor. Não cita, contudo, as novidades sobre a atipicidade executiva trazida pelo CPC. Miranda Netto, em texto para tratar

os parâmetros para a atipicidade dos meios executivos não foram objeto de discussão.

Dos trabalhos acima, é curioso destacar um fato. Alguns deles até chegaram a tratar especificamente sobre a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos¹⁶² e sobre os poderes do juiz no contexto do art. 139, inc. IV¹⁶³. Mesmo assim, não se ressaltou a maior mudança que seria inaugurada nesse contexto: a generalização da cláusula de atipicidade para a execução de títulos executivos extrajudiciais, inclusive para as prestações pecuniárias.

A primeira manifestação doutrinária sobre a atipicidade executiva no contexto do atual código não foi individual, mas coletiva, resultando no enunciado n.º 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que propôs as primeiras balizas para a aplicação dessa atipicidade¹⁶⁴. Tais balizas, bem como a forma como elas foram produzidas, merecem destaque, e serão, por isso, objeto de tópico próprio.

Em 2015, com o atual Código de Processo Civil já aprovado, mas ainda em período de *vacatio legis*, várias obras coletivas¹⁶⁵, códigos comentados⁵⁹⁷

do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal à luz do novo CPC, e a partir da classificação de William Marshall, não discute parâmetros para a atuação ativista (“O ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal” *O novo código de processo civil: questões controvertidas/* vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 87-98).

162. RODRIGUES, Daniel Colnago; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. “Tutela específica e a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos: alguns parâmetros”. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis/* Coordenação Arruda Alvim... [et. al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp 159-176. O texto basicamente trata da derrocada da intangibilidade da vontade humana no contexto da execução civil e discute parâmetros para a aplicação da proporcionalidade nesses processos. Um alerta importante é a impossibilidade de utilização como medidas atípicas aquelas vedadas expressamente por lei.
163. PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. “Poderes executórios atípicos no Projeto de Código de Processo Civil”. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis/* Coordenação Arruda Alvim... [et. al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 800-823. O texto faz uma crítica à redação do inc. IV do art. 139, principalmente por trazer quatro técnicas executivas ao invés de duas.
164. 12. (art. 139, IV; art. 523; art. 536; art. 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).
165. Dentre as obras coletivas, destacou-se a coleção *Doutrinas Seleccionadas*, pela quantidade de textos e autores reunidos e pela abrangência da obra, editada em seis volumes (a coleção teve como coordenador geral Fredie Didier Jr. e como organizadores: Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire). Eis os temas abordados: *Novo CPC*

e até alguns cursos¹⁶⁷ já tratavam dele, mas o tema da atipicidade dos meios executivos permaneceu sem muita atenção pela doutrina, embora nesse período muito se tenha escrito sobre execução, poderes do juiz e normas fundamentais como o chamado princípio da efetividade.

Destaque nessa época para a doutrina de Marinoni, Mitidiero e Arenhart, reconhecendo o potencial do art. 139, IV, mas não aceitando a atipicidade para as execuções fundadas em título executivo extrajudicial¹⁶⁸.

-
- doutrina selecionada, v.1: parte geral*, Juspodivm, 2015; *Novo CPC doutrina selecionada, v.2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*, Juspodivm, 2015; *Novo CPC doutrina selecionada, v.3: processo de conhecimento – provas*, Juspodivm, 2015; *Novo CPC doutrina selecionada, v.4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*, Salvador: Juspodivm, 2015; *Novo CPC doutrina selecionada, v.5: execução*, Juspodivm, 2015 e *Novo CPC doutrina selecionada, v.6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*, Juspodivm, 2015. Também merece menção as obras: *O novo código de processo civil: questões controvertidas/* vários autores. São Paulo: Atlas, 2015 e *Novo CPC – Fundamentos e sistematização/* Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
166. Destacam-se em 2015: NERY JR., NELSON. *Comentários ao Código de processo civil/* Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil/* Coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015; ALVIM, Teresa. *Breves comentários ao novo código de processo civil/* Teresa Arruda Alvim... [et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Edição eletrônica.
167. Destaque em 2015 para: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II [livro eletrônico]: parte geral: institutos fundamentais: Tomo I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3/* Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
168. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3/* Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Na época, a ideia teve adesão de Ricardo Silva que, discorrendo sobre a atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia, defendeu a possibilidade de medidas atípicas, mesmo sem que antes tenha ocorrido frustração na utilização das medidas típicas, desde que devidamente justificado ao caso concreto. Seu artigo, porém, não deixou claro se essas medidas poderiam ser aplicadas às execuções fundadas em título executivo extrajudicial. SILVA, Ricardo Alexandre da. “Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC”. *Novo CPC doutrina selecionada,*

O assunto será retomado mais à frente. Além deles, e ainda abordando os estudos pioneiros no tema, três merecem destaque, todos discorrendo expressamente sobre o art. 139, IV.

O primeiro deles fora escrito ainda em 2014, mas apenas em 2015 houve sua publicação. Ali, abordou-se de maneira específica a generalização das medidas de efetivação e, pela primeira vez, alguns temas foram tratados a partir do art. 139, IV de forma bem expressa, como a aplicação da atipicidade às execuções fundadas em título executivo extrajudicial, mesmo se a prestação devida fosse pecuniária, e a possibilidade de manejo dessa atipicidade para facilitar a solução dos processos estruturais¹⁶⁹.

O segundo, de autoria de Ricardo Alexandre da Silva, abordou e defendeu a atipicidade dos meios executivos, a partir do inc. IV, do art. 139, para o cumprimento de sentença de prestações pecuniárias. A extensão dessas medidas às execuções lastreadas em título executivo extrajudicial não foi discutida¹⁷⁰.

O terceiro texto, de autoria de Fernando Gajardoni, foi veiculado pela internet e repercutiu bastante. Duas possibilidades de interpretação do art. 139, IV, foram ali explicadas:

Certamente haverá árdua discussão na doutrina e jurisprudência se as ações que tenham por objeto prestação pecuniária, tal como constante do art. 139, IV, do CPC/2015, abarcam todas as hipóteses em que constatado o inadimplemento da obrigação de pagar, ou apenas aquelas em que a imposição da prestação pecuniária se relacione, muito mais, a uma obrigação de fazer (como a de implantar benefício previdenciário, inserir a vítima em folha de pagamento da entidade, etc.)¹⁷¹.

v.5: *execução*/ Organização: Lucas Buri de Macedo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 427-452.

169. MINAMI, M. Y. “Breves Apontamentos sobre a generalização das Medidas de Efetivação no CPC/2015 – Do Processo para além da Decisão”. *Novo CPC doutrina selecionada*, v.5: *execução*/ Organização: Lucas Buri de Macedo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 217-231. O texto ainda tratou da necessidade de fundamentação da decisão que determinara o meio atípico, sua aplicação subsidiária e a possibilidade de utilização de ofício dessas medidas.

170. SILVA, Ricardo Alexandre da. “Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC”. *Novo CPC doutrina selecionada*, v.5: *execução*/ Organização: Lucas Buri de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 427-452.

171. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. *Portal Jota*. 24 ago. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/arevolucaoasilenciaosadaexecucaoporquantia>> Acesso em 14 out. 2016.

A segunda possibilidade, por ele chamada de interpretação potencializada, autorizaria, por exemplo, no caso de não efetuado o pagamento de dívida de multas de trânsito e superados os expedientes tradicionais de cobrança, uma medida coercitiva de suspensão do direito de conduzir até o pagamento da dívida. Outro exemplo seria a vedação de contratação por uma empresa enquanto ela não pagasse verbas salariais devidas a funcionários¹⁷². O texto ainda lançou formas de controle dessa atipicidade, caso a interpretação potencializada vingasse: a excepcionalidade da medida (aplicável apenas após o esgotamento dos meios executivos típicos), a observância do princípio da proporcionalidade, a necessidade de fundamentação da decisão e a observância dos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

Após a publicação do texto acima, o assunto ficou adormecido na doutrina e nos tribunais brasileiros até que, em 2016, uma decisão dada em São Paulo despertou um enorme interesse no tema. É o que será abordado em seguida, mas não sem antes discutir-se o enunciado 12 do FPPC.

8.2 O enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

A primeira manifestação coletiva relevante acerca dos critérios de aplicação da atipicidade dos meios executivos surgiu no Fórum Permanente de Processualistas Civis, quando houve a criação de seu enunciado de número 12:

12. (art. 139, IV; art. 523; art. 536; art. 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)¹⁷³

Antes de discorrer sobre enunciado acima, convém uma breve explicação sobre sua origem.

172. Percebe-se, aqui, a defesa de uma medida coercitiva relacionada diretamente com o tipo de prestação devida. Não se concorda com a necessidade dessa relação como se viu na análise da proporcionalidade no contexto da execução civil.

173. É importante ressaltar que entre os dias 26 e 28 de agosto de 2015 a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), após o seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, divulgou 62 enunciados com a pretensão de orientar a magistratura nacional na aplicação do novo Código de Processo Civil. O enunciado 48 possui texto semelhante ao enunciado 12 do FPPC: “O art. 139, inciso IV, 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”.

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2013, um grupo de 178 processualistas de todo o Brasil reuniu-se em Salvador, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), com o objetivo de discutir o então Projeto de Lei que mais tarde tornar-se-ia o atual Código de Processo Civil. Era o surgimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. Participaram do evento agentes do direito de todo o Brasil das mais diversas áreas: professores, juízes, promotores públicos, advogados, defensores públicos, servidores do Judiciário etc. O objetivo era debater aquele projeto, analisando eventuais pontos positivos e negativos. As discussões contaram com o compartilhamento de experiências acadêmicas e profissionais dos participantes. Ao final, como uma forma de deixar um registro escrito do que fora discutido, foram propostos alguns enunciados interpretativos da lei processual que estava para nascer¹⁷⁴.

A metodologia desses encontros é a seguinte: em pequenos grupos divididos por assunto, os participantes debatem, sob a presidência de um relator, possíveis problemas que possam surgir na interpretação do Código de Processo Civil. Dessas discussões surgem alguns enunciados. Nos dias seguintes, eles são submetidos à discussão e à deliberação na plenária e só são aprovados por unanimidade. Na reunião ocorrida na UFBA o resultado foi um documento intitulado Carta de Salvador¹⁷⁵ com 105 enunciados. Era uma das primeiras manifestações doutrinárias coletivas acerca do novo CPC. Após aquela reunião, outras ocorreram em várias cidades: Rio de Janeiro (abril de 2014, 247 participantes)¹⁷⁶, Belo Horizonte (dezembro de 2014, 207 participantes)¹⁷⁷, Vitória (maio de 2015, 296 participantes)¹⁷⁸,

174. Nas palavras de Freddie Didier, idealizador e organizador do evento: “quase duzentos processualistas de todo o Brasil compareceram ao encontro, atendendo a um convite da história: ajudar na compreensão e aplicação da mais importante lei civil brasileira.” Nota de apresentação da edição impressa da Carta de Salvador, documento que consolidou os enunciados daquele encontro.

175. Carta de Salvador – II Encontro de Jovens Processualistas do IBDP. Revista Eletrônica de Direito. UNIFACS, Salvador, n. 166, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3051>> Acesso em: 26 jun. 2015.

176. FPPC. Carta do Rio. Disponível em: <http://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_-_III_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis> Acesso em: 26 jun. 2015.

177. Carta de Belo Horizonte. Portal Processual, 4 mar. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-belo-horizonte-enunciados-sobre-o-novo-cpc/>> Acesso em: 26 jun. 2015.

178. Carta de Vitória. Portal Processual, 3 jun. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>> Acesso em: 26 jun. 2015.

Curitiba (outubro de 2015, 307 participantes)¹⁷⁹, São Paulo (março de 2016, 687 participantes)¹⁸⁰, Florianópolis (março de 2017, 279 participantes) e Recife (março de 2018). Atualmente, há 685 enunciados, sobre todos os assuntos do novo CPC.

Conquanto existam críticos¹⁸¹ e defensores¹⁸² desses enunciados, é fato que o FPPC cumpre um importante papel na medida em que promove o debate entre profissionais do Direito do Brasil inteiro sobre os temas do Código,¹⁸³ e foi justamente a partir de um desses debates que surgiu o enunciado 12 acima citado.

No encontro em Salvador, Paulo Pinheiro¹⁸⁴ propôs, no grupo de discussão, sobre o tema “execução”, relatado por Daniel Assumpção Neves, o seguinte questionamento:

Art. 139, IV – A norma decorrente do texto deste inciso atribui ao juiz poderes executórios (ou executivos) atípicos? Em caso afirmativo, notadamente tendo

-
179. Carta de Curitiba. *Porta Processual*, 1 dez. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-curitiba-enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>> Acesso em 23 abr. 2017.
180. Carta de São Paulo. *Porta Processual*, 9 mai. 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-2016/>> Acesso em 23 abr. 2017.
181. Lenio Streck é um dos opositores mais ferrenhos a essa dinâmica. Basta consultar: STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito. *Consultor Jurídico*, 15 out. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>> Acesso em 10 nov. 2015 e STRECK, Lenio. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? *Consultor Jurídico*, 10 set. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>> Acesso em 10 nov. 2015.
182. WAMBIER, Luiz R. Porque gostei do Fórum Permanente de Processualistas? *Gazeta do Povo*, 04 set. 2015. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/porque-gostei-do-forum-permanente-de-processualistas-95osbx2izv7nhkse7iw9w7cmt>> Acesso em 10 nov. 2015.
183. Para uma análise sobre a importância desse debate: MINAMI, Marcos Youji. “Debates para além do processo civil a partir do novo código de processo civil”. *Revista jurídica da presidência*. Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Edição Comemorativa – 17 anos. 2016. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/126>> Acesso em 10 nov. 2015.
184. Impende frisar que o tema de pesquisa de Paulo Pinheiro, em seu doutorado na PUC-SP, foi justamente os poderes executórios do juiz, resultando na obra: *Poderes Executórios do Juiz* (PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011).

em conta os desdobramentos do princípio da segurança jurídica, quais são os critérios e parâmetros a serem observados no seu exercício? ¹⁸⁵.

A partir dessa provocação, duas observações são relevantes.

A primeira é que, como dito acima, naquela época o texto do código atual ainda estava em discussão na Câmara dos Deputados e era diferente do que acabou prosperando. Como visto, a redação do inciso IV, do art. 139, pelo texto do Substitutivo da Câmara dos Deputados n.º 8.046, de 2010, era a 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”.

Essa nota é importante, pois deixa claro que, apesar de o texto de lei que inspirou o enunciado 12 não se referir à aplicação de medidas executivas atípicas na execução das prestações por quantia, isso não foi óbice para que os participantes daquele grupo consignassem a possibilidade de tais medidas para a execução “em qualquer obrigação”.

O segundo ponto que merece destaque é que a preocupação inicial levantada por Paulo Pinheiro foi no sentido de se averiguar: a) se era possível extrair do texto de lei em questão uma norma atribuindo ao juiz poderes executórios atípicos e b) em caso afirmativo, quais seriam os critérios e parâmetros a serem observados no seu exercício. Não se pensou, em um primeiro momento, na extensão de tais poderes, é dizer, se seriam aplicáveis na execução de todos os tipos de títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais.

Pela redação final do enunciado 12, percebe-se que as discussões ocorridas naquele grupo levaram todos os pontos acima em consideração e resultaram no entendimento de que a atipicidade procedimental executiva teria aplicação ampla, não importando nem o tipo de prestação nem o tipo de título executivo. Isso é extraído da redação da primeira parte do enunciado: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial”.

Demais disso, as deliberações concluíram pela necessidade de algum controle a essa atipicidade. Eis a razão da segunda parte do enunciado: “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”.

185. Indagação extraída dos e-mails compartilhados entre os participantes do grupo de execução do evento em Salvador.

Podem-se resumir as diretrizes do enunciado 12 do FPPC nos seguintes aspectos:

- 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.

Em nenhum dos seguintes encontros do Fórum de Processualistas o enunciado em questão foi submetido à revisão. Seus participantes, notadamente nos grupos de execução, não deliberaram novamente sobre ele. Não significa isso dizer que todos os seus participantes concordem plenamente com o enunciado. Mas eventuais discordantes dele não sentiram ainda necessidade, ou não houve motivação coletiva suficiente para repropor a questão ao debate¹⁸⁶.

8.3 Da decisão paradigmática em São Paulo

Em 2005, escrevendo sobre as reformas que ora ocorriam no processo executivo sob a égide do CPC de 1973, Eduardo Brito Neto, tratando da ampliação da utilização das medidas executivas coercitivas que era observada naquela época, escreveu: “A última fronteira a ser vencida, no ponto, reside na aplicação deste instrumental coercitivo à própria execução por quantia certa”¹⁸⁷.

186. Um enunciado semelhante ao 12 do FPPC foi proposto na I Jornada de Processo Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em Brasília entre os dias 24 e 25 de agosto de 2017. O texto apresentado foi o seguinte: “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”. De um quórum de 148 presentes, e precisando de 99 votos para aprovação, a proposta foi rejeitada obtendo 82 votos pela aprovação e 66 pela rejeição.

187. BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves de. “Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma never ending story”. *Execução no processo civil – novidades e tendências/*

Olavo de Oliveira Neto, dispendo sobre o mesmo assunto, foi além, dando exemplos de como isso poderia ocorrer. Ao tratar da execução por quantia frustrada, apresentou a seguinte ideia:

Sendo nossa execução eminentemente patrimonial, sem a possibilidade de execução pessoal, que foi abandonada a partir da segunda fase de (*sic*) execução romana, não é possível que a atividade executiva venha a atingir a pessoa do devedor. Entretanto, como acontece no caso das obrigações de fazer e não fazer (art. 461) e das obrigações de dar coisa certa e incerta (art. 461-A), seria possível conceber outras medidas de execução indireta com a finalidade de obter satisfação da obrigação. Estabelecer algumas formas de restrição na esfera de direitos do devedor, como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores, em nosso entender, tornaria bem mais eficaz a atividade executiva.¹⁸⁸

Mais de 10 anos depois, essa doutrina se concretizou em decisão proferida em agosto de 2016, no Estado de São Paulo, determinando, entre outras medidas, a suspensão de Carteira Nacional de Habilitação. A partir dela, despertou-se maior interesse pelo tema da atipicidade dos meios executivos. Eis parte do *decisum*:

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 presente dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado.¹⁸⁹

Com o passar do tempo, outras medidas coercitivas foram pedidas, e alguns abusos foram observados como a suspensão do CPF¹⁹⁰ do devedor ou

Coordenação: Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2005, p. 85.

188. OLIVEIRA NETO, Olavo de. “Novas perspectivas da execução civil – cumprimento de sentença”. *Execução no processo civil – novidades e tendências!* Coordenação: Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2005, pp. 196-197.

189. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Comarca de São Paulo). Execução de Título Extrajudicial n. 4001386-13.2013.8.26.0011. Juíza Andrea Ferraz Musa. 25 de ago. 2016.

190. A medida não foi deferida no seguinte caso: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo n. 70072106990. Comarca de Porto Alegre. Data de Julgamento: 27/04/2017. Relator: Pedro Luiz Pozza. “O art. 139, inc. IV, do CPC, permite ao juiz a estipulação

a suspensão de website de empresa executada até o pagamento do débito¹⁹¹. Embora não se possa afirmar, peremptoriamente, que a decisão acima foi a primeira dessa natureza no Brasil após o atual CPC, é possível concluir que foi a partir dela que muitos despertaram para a importância do tema. Após sua divulgação, vários escritos começaram a tratar do assunto em um curto espaço de tempo¹⁹² (muitas vezes citando expressamente a referida decisão),

de medidas inominadas visando à satisfação do direito reconhecido em juízo, inclusive quando se tratar de obrigação de prestação pecuniária. Caso concreto em que não se mostra adequado suspender a inscrição dos devedores no CPF (Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda), pois isso os impediria inclusive de manter contas em estabelecimentos bancários, e que redundaria inclusive em prejuízo à própria recorrente, pois impediria a realização de penhora via BACENJUD”. Nesse mesmo caso, porém, o passaporte do requerido fora recolhido como forma de coerção para pagamento: “Caso concreto em que se os devedores não dispõem de recursos para pagar sua dívida para com a recorrente, não se mostra razoável que lhes seja permitido viajar ao exterior. Determinação para entreguem em juízo os passaportes”.

191. A medida foi suspensa pelo TJ-RS: “Medidas alternativas de coerção para garantia do cumprimento das decisões judiciais. ART. 139, IV, do CPC. Suspensão de website com vistas ao pagamento de débito. Medida que não se mostra razoável ao fim a que se destina”. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Comarca de Porto Alegre). Agravo de Instrumento em Cumprimento de Sentença. n. 70072639123. Relatora: Ana Beatriz Iser. Data de Julgamento: 12/04/2017.
192. É possível destacar os seguintes textos que trataram do assunto, notadamente a partir da decisão citada: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Consultor Jurídico, 25 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016ago25/sensoincomuminterpretarart139ivcpccartabrancaarbtrio?>> Acesso em 14 out. 2016; PAPINI, Paulo Antonio. Crítica às medidas indutivas do novo CPC: passaporte de devedor não pode ser apreendido. Jota, 16 set. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/equivocadaleituraartigo139incisoivnovo-cpceoslimitesconstitucionaisdanorma>> Acesso em 14 out. 2016; RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Migalhas, 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045O+que+fazer+quando+o+executado+e+u+m+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>> Acesso em 14 dez. 2016; RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. Jota, 21 set. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/onecessariodialogoentredoutrinaejurisprudenciaconcretizacaodaatipicidadedosmeiosexecutivos>> Acesso em 14 out. 2016; ROCHA, Jorge Bheron. SILVA, Bruno Campos. SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Emporio do Direito, 26 set. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>> Acesso em 14 out. 2016; TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Consultor Jurídico,

e os livros doutrinários não desprezaram mais o assunto, tratando-o em variada perspectiva. No próximo capítulo, esses diversos entendimentos serão analisados.

8.4 Manifestações doutrinárias sobre a atipicidade dos meios executivos no atual Código de Processo Civil

8.4.1 Apresentação

Uma leitura dos escritos que trataram especificamente sobre a tipicidade ou atipicidade dos meios executivos a partir do atual CPC revela uma falta de uniformidade na abordagem do tema¹⁹³. As perspectivas de análise são as mais diversas. Mesmo assim, alguns aspectos em comum podem ser apontados.

A maioria dos textos consultados foram escritos após a decisão paradigmática acima referida. Muitos deles, inclusive, a utilizaram como ponto de partida de seus argumentos. Apesar do imenso debate que a decisão provocou e de muitas críticas não apenas a ela, mas a outras medidas que foram sendo pensadas depois, muitos pugnaram expressamente pela constitucionalidade das cláusulas gerais de atipicidade. Há quem tenha defendido a inconstitucio-

27 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>> Acesso em 14 out. 2016; ROVER, Tadeu. Juiz manda cortar energia para forçar estado nomear aprovada em concurso. *Consultor Jurídico*, 8 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016out08/>> Acesso em 23 out. 2016; NAVARRO, Trícia. A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15. Jusbrasil, 14 out. 2016. Disponível em <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-eas-medidas-executivas-no-cpc-15>> Acesso em 20 out. 2016; CUNICO, Leandro Negri. Limites ao art. 139, IV do NCPC. *Jurídico Certo*, 13 dez. 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/advocacia-lmnc/artigos/limites-ao-art-139-iv-do-ncpc-3174>> Acesso em 22 abr. 2017; DANTAS, Bruno. Cobrança de dívidas não pode afrontar dignidade humana. *Consultor Jurídico*, 7 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/bruno-dantas-cobranca-dividas-nao-afrontar-dignidade-humana>>. Acesso em 23 nov. 2017; NÓBREGA, Guilherme Puppe. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015. *Migalhas*, 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidad e+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>> Acesso em 22 abr. 2017.

193. Para a elaboração deste tópico, mais de 90 (noventa) trabalhos escritos após a vigência do atual CPC tratando sobre o tema foram consultados, incluindo artigos, livros específicos, cursos, comentários etc. Todos esses trabalhos constam nas referências finais. Durante as explicações que seguem, nem todos os textos pesquisados foram citados, pois muitas vezes veiculavam informações repetidas.

nalidade¹⁹⁴. Mesmo assim, não o fez para atingir qualquer aplicação atípica de meios executivos, mas apenas algumas situações de restrição de direitos¹⁹⁵ ou¹⁹⁶ em algumas hipóteses de medidas contra a Administração Pública¹⁹⁷. Como visto no item 7.3.1.2, mesmo se não houvesse menção expressa no Código a uma generalização da atipicidade, entende-se, a partir do que está consignado na parte 1¹⁹⁸ deste estudo e para evitar o *non factibile*, que ela se impõe no Brasil; evidentemente, dentro de certos parâmetros.

-
194. Atualmente, há uma ADI (5941/DF) proposta pelo Partido dos Trabalhadores questionando algumas interpretações do inc. IV do art. 139: “algumas aplicações cogitadas ao artigo 139, IV, afetam direitos de liberdade do devedor e têm sido admitidas em procedimentos executórios cuja finalidade não é tolher aquela garantia, mas sim buscar coerção patrimonial apta à satisfação de crédito ou ao cumprimento de decisão judicial”. O pedido final “[...] requer seja julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública”. Não houve decisão final ainda nesse processo.
195. Câmara assim justificou: “a legitimidade constitucional da cláusula geral de atipicidade de meios executivos provém de sua compatibilidade com dois princípios constitucionais: o princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV) e o princípio da eficiência (art. 37). Aliás, vale a pena recordar que ambos esses dispositivos constitucionais são reafirmados como normas fundamentais do processo civil, como se vê pelos arts. 3º e 8º do CPC de 2015”. CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas*, cit. Também tratou diretamente da constitucionalidade: 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?”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*, cit.
196. NÓBREGA, Guilherme Pupe. “Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015”. *Migalhas*, 11 ago, cit.
197. Janaína Noletto e Lara Dourado dispõem que em alguns casos as medidas contra a Fazenda Pública serão inconstitucionais: “[...] medidas que visem coagir a Administração ao cumprimento de obrigação por meio da paralisação das atividades de órgão ou entidade pública (corte de fornecimento de energia, água, serviços de telefonia ou internet...) são inconstitucionais”. BRANCO, Janaina Soares Noletto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. “O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da fazenda pública?”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*, cit.
198. Consulte-se, por exemplo, capítulo 1, que tratou da execução como a última oportunidade ao jurisdicionado para conseguir sua tutela, tópicos 2.4 e 2.6, que discorreram sobre, respectivamente, o alcance da execução e a necessidade de se respeitar o título executivo e o capítulo 5, que tratou da vedação ao *non factibile* que significa, entre outras

Não se encontrou quem tenha discorrido sobre o conceito de tipicidade nos moldes do tópico 6.5 desta pesquisa¹⁹⁹. A premissa, costumeiramente adotada, é mais singela. O meio é típico ou atípico conforme encontre ou não previsão em lei. Esta pesquisa parte dessa premissa (compreensão de tipo fechado), mas, como visto, aceitar medidas atípicas não deve traduzir a ideia de ausência de parâmetros para sua utilização²⁰⁰. Na verdade, isso é outro ponto comum nas abordagens do tema. Explica-se.

Quem defende a possibilidade de medidas atípicas na execução não acha que isso possa ser feito de qualquer maneira. A subsidiariedade da atipicidade, necessidade de fundamentação e contraditório, limites das coerções etc. são apenas alguns exemplos de parâmetros apontados, com maior ou menor profundidade de análise.

A seguir, vários dos principais aspectos salientados pelos estudos consultados serão abordados em tópicos que não observam nenhuma sequên-

coisas, a proibição de não continuar a execução sob o pretexto de que o procedimento infraconstitucional é limitado.

199. Luciano Henrik trouxe perspectiva digna de nota. A partir do que o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa dispõe sobre o verbete *atípico* – exprimindo aquilo “que se afasta do normal, do característico; anômalo, incomum, raro” –, explica que se o meio executivo determinado estiver no CPC, ainda que “deslocado”, ele não seria propriamente atípico, e que seu uso se daria por autorização do próprio legislador. Na execução por quantia, por exemplo, seria possível empregar o §1º do art. 536 CPC, pois “o próprio legislador autoriza a aplicação subsidiária e completiva dos procedimentos (arts. 318, parágrafo único, 513 e 771, parágrafo único)”. O §1º do art. 536, por exemplo, traz um rol, ainda que exemplificativo, de meios possíveis (imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva). Mesmo quando se aplica um meio não previsto em nenhum momento no CPC (o que Henrik chamou de medida heterotópica), “mostra-se imprescindível a observância do devido processo legal, do dever de fundamentação e dos critérios para a aceitação da aplicação da cláusula geral de atipicidade das formas executivas, tudo sob o crivo do contraditório”. Bruno Silva, Diego Crevelin e Bheron Rocha, por sua vez, assim tratam da atipicidade dos meios executivos: “na verdade, não se trata de medidas indutivas atípicas, senão de medidas indutivas inominadas, uma vez que há tipicidade nestas medidas em razão de estarem previstas no “tipo aberto” do art. 139, IV”. SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. “Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylockiano do art. 139, IV, CPC”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas!* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018.

200. A base para os parâmetros executivos pode ser procurada na parte 1 deste estudo. Basta ver os tópicos 2.2.4 e 2.2.5, tratando da imparcialidade e da proporcionalidade. Também pode ser apontado o item 2.6.2, que tratou da cognição na execução a partir do título executivo.

cia específica. Essa falta de ordem no tratamento do tema ocorre inclusive dentro de cada tópico que segue. Isso se deve, principalmente, à divergência encontrada no tratamento dos assuntos. Apesar de, aparentemente, a exposição a seguir parecer desorganizada, ela foi pensada de maneira a facilitar o entendimento das principais opiniões estudadas, compilando as principais conclusões. O objetivo do tópico é apresentá-las, realizando seu cotejo com a parte 1 desta pesquisa.

8.4.2 *Aplicação subsidiária ou direta das medidas atípicas*

8.4.2.1 Da aplicação subsidiária

O caráter subsidiário das medidas atípicas é, como visto acima, um dos parâmetros elencados pelo enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁰¹. Já na época de sua edição, ainda em 2014, a ideia de uma aplicação imediata de meios atípicos em procedimentos executivos detalhados era vista com muita reserva. A maioria dos escritos consultados se posicionou nesse sentido²⁰².

Araken de Assis não aceita meios atípicos, mesmo se aplicados subsidiariamente. Eis suas palavras:

201. FPPC – Enunciado 12. (art. 139, IV; art. 523; art. 536; art. 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).

202. Por todos: 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, versão eletrônica*, cit. Alguns autores, a despeito de aceitarem a atipicidade, não deixaram consignado de forma expressa se ela seria imediata ou subsidiária. É o caso de: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 184. Talamini e Wambier aceitam a subsidiariedade, mas, aparentemente, de forma restritiva: “então, as providências que o art. 139, IV, do CPC/2015 autoriza a adotar, ‘inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’, não são utilizáveis contra o condenado diretamente para impor o próprio cumprimento da obrigação – o que dependeria de disciplina específica no cumprimento de sentença – mas sim para assegurar a própria prática dos atos executivos e para assegurar que o devedor cumpra as condutas elementares de boa-fé e cooperação perante o juízo executivo”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 3*, cit., ed. eletrônica.

O único temperamento sugerido à livre criação do órgão judicial é o da subsidiariedade: medidas “atípicas” só teriam lugar no caso de frustração do meio executório típico (v.g., a falta de localização dos bens penhoráveis, todavia sabidamente existentes). Ora, nada há no art. 139, IV, que indique caráter subsidiário. Cuida-se, pois, de limitação tão manifestamente arbitrária quanto as medidas arroladas. E, de resto, para o caso de o executado não indicar onde se localizam seus bens, desincumbindo-se do dever previsto no art. 774, IV, há sanção específica: a multa em montante não superior a vinte por cento do valor da execução (art. 774, parágrafo único)²⁰³.

Há dois equívocos na lição.

O primeiro é dizer que a limitação de aplicação dos meios atípicos à subsidiariedade é arbitrária. Se é certo que não há nada no preceito que indique esse caráter subsidiário, a especialidade dos procedimentos tipificados autoriza sua aplicação em primeiro plano. A especialidade é o critério para essa limitação, e não há arbitrariedade nessa conclusão. Se há meios executivos tipificados para determinada circunstância, apenas situações muito especiais, como se verá, autorizariam não os adotar.

O segundo equívoco é misturar meios executivos com meios de punição aos atos atentatórios à dignidade da justiça. A sanção prevista no art. 774 é aplicável como punição aos ilícitos ali arrolados. O art. 139, IV, não trata desses ilícitos. Os meios de efetivação, como um todo, não possuem esse papel. Para isso, o CPC reservou o inciso III do art. 139. Ali, diz-se que ao magistrado incumbe “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”. Para mais detalhes sobre a diferença entre meios de coerção e meios executivos, consulte-se tópico 6.4.

A subsidiariedade significa a possibilidade de meios atípicos quando os típicos se mostraram inefetivos. Isso não significa que isso ocorra de forma automática. Para iniciar medidas atípicas, o magistrado deve motivar essa opção conforme se verá melhor. O grande consenso em torno da atipicidade subsidiária não se repete quando o assunto é o limite das medidas utilizadas. A enorme divergência existente é justamente em relação ao conteúdo dos meios atípicos, e não quanto a sua possibilidade.

Marcus Vinícius Borges, tratando das medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias, conclui que “[...] para a aplicação das medidas co-

203. ASSIS, Araken de. “Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 130.

ercitivas atípicas, mostra-se indispensável o esgotamento das tentativas de penhora e expropriação, bem como o precedente uso das coerções típicas consubstanciadas no protesto da decisão judicial e na inscrição do devedor nos cadastros de inadimplementos²⁰⁴. A lição é coerente. Bem pensadas as coisas, se ainda há coerções previstas em lei, é porque os meios típicos ainda não se esgotaram.

Exemplo de aplicação subsidiária: em determinada execução de quantia fundada em título executivo extrajudicial, meios coercitivos atípicos seriam possíveis após a tentativa frustrada de meios expropriatórios (não foram localizados bens do devedor) e de meios coercitivos mais brandos como o protesto do título executivo e a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplementos. O devedor nem acusa sua insolvência nem indica nenhum patrimônio à penhora. Nesse caso, o magistrado poderia determinar medidas executivas mais drásticas a partir de elementos apresentados nos autos como indícios de ocultação patrimonial pelo devedor e após de sua manifestação sobre esse fato. A medida deve considerar o caso concreto e a aptidão de gerar o resultado naquela situação específica. A seguir, mais parâmetros serão apresentados para solucionar esse caso.

8.4.2.2 Da aplicação direta da atipicidade

Para Rafael Caselli, nas execuções de alimentos que utilizam a prisão como medida coercitiva, as medidas atípicas podem ser aplicadas imediatamente, mesmo a despeito de medidas típicas. Segundo ele, não há nenhuma referência à subsidiariedade no texto do art. 139, IV, do CPC/2015. Além disso, se se admite a prisão civil como medida coercitiva, nada impediria a “adoção de outras medidas atípicas (apreensão de passaporte e suspensão da carteira nacional de habilitação – CNH, apenas para citar alguns exemplos) de forma ordinária, e não como medida excepcional²⁰⁵. Essa

204. BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 358.

205. PEREIRA, Rafael Caselli. “Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas, cit.* Em sentido semelhante, pela possibilidade de suspensão da habilitação para evitar prisão no caso de execução de alimentos em que se pede prisão: CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da gama e. “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas, cit.* Sem aprofundar o tema, Alexandre Câmara,

flexibilização do procedimento poderia ser utilizada, inclusive, se não requerida pelo executado²⁰⁶.

A ideia de Caselli não é a de uma aplicação imediata da atipicidade em quaisquer casos. Como apontado, direciona-se apenas às execuções de alimentos cuja medida coercitiva requerida seja a prisão civil. Apesar disso, nada impede a generalização da proposta dentro de certos requisitos. Explica-se.

Se, nos termos do art. 775 do CPC, o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva, nada impede que ele desista de um meio típico para optar por um meio atípico, desde que menos drástico, respeitando-se o art. 805 do CPC/2015.

Mas a proposta de Caselli de aplicação de meio atípico nos casos referidos mesmo sem provocação do credor deve ser vista com reserva. Quando o juiz aplica meios executórios mais brandos que o previsto, há a possibilidade de prejudicar o direito fundamental à efetividade da tutela satisfativa. Se o CPC/15 prevê um caminho mais oneroso para o executado em face da importância daquela prestação, não pode o magistrado atuar de maneira a amenizar tal comando ao arrepio da efetivação do crédito devido. Seria uma desobediência ao que se encontra previsto nos arts. 4º e 6º do CPC/15. Nesse sentido, a tipicidade que é sempre invocada para a proteção do devedor, também pode ser invocada para proteger os interesses do credor.

Outra possibilidade de aplicação de medidas atípicas antes das medidas típicas seria se convenção processual estabelecesse meios não previstos em lei como primeira opção. Nas palavras de Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira:

embora contra as medidas coercitivas pessoais, assim dispõe: “talvez seja possível o emprego de medidas atípicas de natureza não patrimonial no cumprimento da decisão judicial que reconhece a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos, onde até mesmo a prisão civil do devedor pode ser admitida. Este, porém, é ponto sobre o qual aqui não se faz qualquer consideração, já que precisaria ser mais bem desenvolvido em outra sede, fazendo-se neste ponto, apenas, uma provocação à reflexão”. CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas, cit.*

206. Caselli cita, inclusive, enunciado 396 do Fórum Permanente de Processualistas Civis nesse sentido (“as medidas do inciso IV, do art. 139, podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8.º”) e completa: “isto é, serão aplicadas, visando a atender os fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. PEREIRA, Rafael Caselli. “Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas, cit.*

Do mesmo modo, é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia, ou (ii) de determinadas medidas atípicas, que, no caso, transformariam-se em medidas típicas de origem negocial – o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas e a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC²⁰⁷.

Este estudo adere à ideia acima. Como salientaram os autores, e novamente invocando-se o art. 775 já citado, se é possível ao credor abrir mão de medida de efetivação mais drástica, nada impede um acordo entre as partes nesse sentido. O contrário também é possível. O devedor pode aceitar, por negócio processual, a aplicação de medida mais drástica como primeira opção, a despeito de haver procedimento típico mais brando. O que não se aceita nesse contexto – e isso foi ressaltado pelos juristas citados – é a imposição de medidas coercitivas proibidas por lei.

Pelo exposto, cabe um resumo das premissas até então adotadas.

É possível a aplicação de meios executivos atípicos sem a observância do critério da subsidiariedade desde que: a) haja requerimento do credor nesse sentido, indicando o meio executivo atípico desejado; b) o meio executivo atípico requerido seja mais brando do que o meio executivo típico previsto. Nesse caso, não haverá prejuízo para o devedor e o magistrado não será acusado de agir arbitrariamente. Também é possível a atipicidade imediata se houver negócio jurídico processual nesse sentido. Nessa hipótese, o meio atípico pode ser mais drástico do que o meio típico.

Um exemplo da primeira situação: em execução de alimentos, o credor pode pedir, em tese, a proibição de viagem ao exterior do devedor como alternativa à prisão como meio coercitivo. Um exemplo da segunda situação: negócio jurídico processual realizado no momento de confecção de um título

207. 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*, vol. 267/2017, mai. 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Versão eletrônica. Também se consulte: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. “Negócios jurídicos processuais atípicos e execução”. *Revista de Processo*/ vol. 275, jan. 2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão eletrônica. Também reconheceu a importância do debate para a determinação de medidas atípicas e a possibilidade de negociação nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? *Consultor Jurídico*, 25 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016ago25/sensoincomuminterpretart139ivcpccartabrancaarbitrio?>> Acesso em 14 out. 2016.

executivo extrajudicial prevendo que, em caso de inadimplemento, o magistrado poderia determinar imediatamente a penhora de metade do salário do devedor, cuja renda superasse 40 salários mínimos por mês, ou o impedimento de viagem pelo devedor ao exterior por motivos não profissionais por 6 meses.

Há quem aceite a atipicidade como primeira opção fora dos casos acima.

Segundo Marinoni, Mitidiero e Arenhart, no que diz respeito às prestações pecuniárias, uma leitura mais rápida do Código poderia gerar a conclusão de sua regência exclusiva pela tipicidade. Para os juristas, essa não é a melhor opção. Em leitura combinada das técnicas descritas a partir do art. 513 do CPC, juntamente com o art. 139, IV, é possível inferir uma abertura do sistema “[...] de modo que o juiz pode impor o pagamento de soma sob ameaça do emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequada ao caso concreto”²⁰⁸. A conclusão é mais incisiva nesse sentido:

Conclui-se, então, que, para os títulos judiciais, vigora hoje o sistema de atipicidade de meios executivos, de modo que o juiz que ordena a satisfação de alguma prestação – pouco importando a sua natureza – pode impor o seu cumprimento pelo emprego de qualquer técnica de indução ou de sub-rogação que avalie adequada²⁰⁹.

Algumas observações se impõem.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero não aceitam a atipicidade de meios executivos nas execuções baseadas em título executivo extrajudicial, de modo que a atipicidade como primeira opção na execução de prestação pecuniária só seria possível no cumprimento de sentença e, mesmo nesses casos, apenas em situações emergenciais cuja aplicação do procedimento padrão (penhora, expropriação etc.) possa trazer prejuízo grave para a parte. Nesse sentido, a atipicidade justifica-se não por um capricho de se querer generalizá-la, mas pelas peculiaridades do caso concreto. Esta pesquisa adere a essa conclusão com alguns temperamentos²¹⁰.

208. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*, cit.

209. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*, cit. A ideia encontrou adesão de Ricardo Silva. SILVA, Ricardo Alexandre da. “Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC”. *Novo CPC doutrina selecionada, v.5: execução*, cit., pp. 443-445.

210. Vitorelli faz um interessante comentário à doutrina de Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira, cuja posição é no sentido de atipicidade sempre subsidiária nas prestações pecuniárias: “[...] os autores entendem que a execução de obrigação de pagar é atípica