

CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA

Juliana Claro de FREITAS¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO: A sistemática empregada na obtenção da tutela satisfativa do credor de obrigação pecuniária, está passando por drásticas transformações no âmbito processual civil em face da abertura do modelo processual à atipicidade dos meios executivos nas obrigações de pagar quantia certa. O presente estudo se pautará na ideia de que a inovação trazida pelo artigo 139, inciso IV do Novo Diploma Processual Civil deve ser encarada sob a ótica do Estado Democrático de Direito e como condição *sine qua non*, para sua utilização, a atual ordem constitucional. Por meio de revisão bibliográfica serão abordados os pressupostos de validade elencados pela doutrina majoritária para a correta interpretação e aplicação do comando legal.

Palavras-chave: Tutela Executiva. Medidas Executivas Atípicas. Obrigação de Pagar Quantia Certa. Critérios de Aplicação.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) introduziu mudanças significativas no ordenamento jurídico pátrio visando conferir maior celeridade, efetividade e segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional.

Uma das mais significativas alterações, no sentido de conferir maior efetividade e munir de mecanismos ao magistrado na obtenção da tutela satisfativa é a expressa previsão legal da atipicidade das técnicas executivas nas obrigações de pagar quantia certa, contida no artigo 139, inciso IV do Novo CPC.

A atipicidade não é novidade no processo civil brasileiro, até o Código de 1973 admitia-se o uso de técnicas executivas atípicas nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, mas quanto às dívidas pecuniárias a doutrina majoritária era contrária.

Por isso mesmo causou certa perplexidade a redação do artigo em tela, ao dissipar qualquer dúvida que pudesse remanescer quanto à aplicabilidade às

¹ Graduanda do 9º Termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: julianaclarodefretas@gmail.com

² Doutor em Direito Processual Civil - PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil – UEL/PR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil da Toledo Prudente Centro Universitário. Orientador do trabalho. E-mail: gilberto_ligero@toledoprudente.edu.br.

obrigações de pagar quantia certa. Neste breve estudo não se pretende abordar todas as inovações, mas tratar especificamente deste comando legal³.

A norma de conteúdo bastante aberto deixou a cargo da doutrina e jurisprudência estabelecerem os parâmetros para sua aplicação. Se antes o juiz estava de mãos atadas, contribuindo até mesmo para um descrédito do judiciário, o legislador agora conduz a um caminho ainda desconhecido que certamente demandará uma reflexão profunda sobre o assunto.

Com o fito de contribuir ao debate, pretende-se, inicialmente, explorar o conceito e natureza do dispositivo legal, seu alcance e os sujeitos aos quais se destinam e posteriormente tratar dos principais critérios de aplicação das medidas atípicas elencados pela doutrina até o momento.

Por fim a presente pesquisa foi elaborada a partir da revisão bibliográfica doutrinária, sobretudo em consulta aos periódicos especializados no assunto.

2 CONCEITO

Destaque entre as inovações trazidas pelo Novo CPC o artigo 139, correspondente ao artigo 125 do CPC/1973, contudo, bem mais completo agora do que antes, elenca o rol de poderes-deveres do juiz. Nas palavras de Elpídio Donizetti (2018, p. 129), há neste artigo o “reconhecimento do processo como instrumento para realização do direito material”.

Isso porque a atividade jurisdicional não se esgota no pronunciamento judicial, é preciso promover sua realização. O inciso IV representa, assim, um dever-poder geral de efetivação, e consagra a atipicidade dos meios executivos para efetivação da tutela jurisdicional executiva.

O comando legal destina-se, em primeiro lugar, ao juiz: neste, de acordo com Santos (2018, p. 225-226), “o juiz é investido de deveres-poderes instrumentais voltados à consecução dos objetivos constitucionais do processo, especialmente a concretização dos direitos fundamentais deduzidos na ação judicial”.

³ Art.139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Luciano Viana Araújo (2017, p. 125), a seu turno, ressalta que a redação da Câmara dos Deputados trazia expressamente a possibilidade de que tais medidas fossem adotadas “de ofício pelo juiz”, e apesar do texto final omitir tal informação, a doutrina tem entendido que, por se tratar de um dever geral de efetivação, o magistrado pode determinar o seu emprego mesmo sem o requerimento da parte.

Esse entendimento foi objeto do enunciado 396 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “396. (art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º”.

Pela mesma razão o magistrado não fica adstrito às medidas que as partes suscitarem, desde que respeite os limites fáticos e jurídicos da demanda, consoante artigo 141⁴ do CPC (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, v.2, p. 83).

Ou seja, o juiz fica atado aos pedidos mediatos, se abstendo de julgar *ultra petita* ou *extra petita*. Neste sentido:

Não se pode confundir, no entanto, a não adstrição do juiz ao pedido mediato da parte – isto é, a própria prestação perseguida (fazer, não fazer ou entrega de coisa) – com a sua não vinculação ao pedido de imposição de determinada medida para a efetivação dessa prestação (DIDIER JR *et al*, 2017, p. 235).

Outra ressalva se faz quanto às hipóteses de acordos processuais, previstas no artigo 190 do CPC⁵, para casos que se admitam auto composição (MINAMI, 2019, p. 187), nos quais as partes negociam os ônus, poderes e deveres processuais e o juiz apenas exerce o controle de validade dessas convenções.

Assim o dispositivo dirige-se também às partes no processo, que podem requerer sua aplicação ou a elas se sujeitarem, não somente ao réu, mas também o autor, que pode ser compelido a apresentar documentos em seu poder, por exemplo, ou mesmo ao cumprimento de uma obrigação, nos casos em que o réu apresenta reconvenção em sua defesa.

⁴ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Por fim submetem-se a tais medidas todos aqueles que participam de qualquer forma do processo, por força do que impõe o artigo 77, inciso IV e parágrafos, do CPC, prevendo sanções a quem descumpri-las⁶.

Quanto aos títulos executivos extrajudiciais apenas parte da doutrina sustenta não ser aplicável o princípio da atipicidade dos meios executivos, sob o argumento de que os documentos que respaldam a execução não decorrem de atividade jurisdicional.

Esses autores defendem que a abertura ao modelo da atipicidade das formas executivas, encontra-se prevista no rol que disciplina os poderes-deveres do juiz, qual seja o 139, IV, combinado com o artigo 513, que disciplina o cumprimento de sentença, ambos do CPC, autoriza a extensão do princípio da atipicidade também às obrigações pecuniárias, quando, porém não há atividade jurisdicional do Estado, concluem que: “é razoável que se limitem as técnicas postas à disposição do credor, a fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, v.2, p. 783).

No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina (2017, p. 1027-1028) defende o uso da atipicidade apenas para os embargos à execução, quando fundada em título extrajudicial, pois nesse caso haverá atividade jurisdicional.

A doutrina majoritária, contudo, entende que o artigo 139, IV, do CPC alcança todas as espécies de obrigações, sejam elas consubstanciadas em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, entendimento consolidado nos enunciados de

⁶ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

[...]

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

números 12 do FPPC⁷ e 48 da ENFAM⁸ (Escola Nacional de Formação Aperfeiçoamento de Magistrados), e inclusive à execução provisória, por força do artigo 297⁹ do CPC.

Regra geral, a doutrina clássica também não tratou de conceituar as expressões “indutivas, coercitivas e mandamentais”, apenas divide os métodos ou técnicas executivas em duas: direta (sub-rogatórias) e indiretas (coercitivas).

Alguns asseguram que sequer existe tal distinção, e que as expressões têm, rigorosamente, o mesmo significado, atribuindo tal fato a uma atecnia do texto legal (DIDIER JR *et al*, 2017, p. 229).

Contudo, José Maria Tesheiner (2009, s.p.) afirma que o significado de cada expressão ainda é um tanto nebuloso, mas como na Lei não se presumem palavras inúteis, as expressões “coercitivas” e “indutivas” não são termos sinônimos, ou que talvez, essa seja subespécie daquela, sendo que a expressão “indutiva” foi introduzida para designar uma medida em específico, qual seja: a prisão civil.

De forma que o legislador estaria elencando a prisão civil (para além da já pacificada na jurisprudência e doutrina, em face do devedor inescusável de alimentos), como uma possibilidade. Não em face da dívida em si, inadmitida no ordenamento pátrio, por expressa vedação constitucional¹⁰, mas em face do descumprimento de ordem judicial. E conclui, a contragosto, acerca da medida indutiva: “A vingar esse correto, mas improvável raciocínio, introduzir-se-á, sub-repticiamente, em nosso sistema jurídico, a prisão por descumprimento de ordem judicial, o *contempt of court*” (TESHEINER, 2009, s.p.).

Em réplica ao posicionamento de José Maria Tesheiner e Humberto Dalla Pinho (2018, v.1, p. 351) pondera que de fato há diferença entre as expressões e elabora o seguinte raciocínio, para arrematar de forma totalmente diversa acerca das medidas indutivas:

⁷ Enunciado 12 do FPPC: 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, § 1.º, I e II.

⁸ Enunciado 48 da ENFAM: art. 139, IV, do CPC/2015 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 extrajudiciais.

⁹ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

¹⁰ LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Poderíamos ter, aqui, uma medida a ser aplicada nos casos de *contempt of court*, ou seja, uma sanção nos casos de descumprimento de decisão judicial. Entretanto parece que a medida está mais ligada a uma premiação, no sentido do reconhecimento de um agir colaborativo da parte (art. 6º) do que a uma sanção por eventual ato de má-fé (art. 5º c/c o art. 80). Nesse sentido, podemos colher o art. 23 da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) que permite a isenção das custas caso o acordo seja alcançado antes da citação do réu.

Assim para este autor, quanto às medidas indutivas, o legislador estaria acenando para as sanções premiaias, visando estimular o comportamento almejado, mais do que impondo uma penalidade.

Por fim, quanto às medidas mandamentais, há ainda mais contrariedade: Célio Horst Waldruff (2016, p. 118) defende que medida mandamental seja gênero, do qual as medidas coercitivas e indutivas são espécies e ambas seriam sanções, sendo que as primeiras punitivas e as segundas premiaias.

Já Edilton Meirelles (2015, p. 235) atrela as medidas mandamentais às obrigações de fazer e desfazer, mas assevera que são estas que autorizam a aplicação da prisão civil em face da *contempt of court*, e por isso devem ser tratadas com cautela:

Tais medidas, por certo, são mais úteis nas obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível. Elas, por sua vez, preferencialmente somente devem ser adotadas em casos extremos. Isso porque, se o juiz pode alcançar a satisfação da obrigação através da adoção de medidas sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, deve evitar a expedição de ordem mandamental, já que, o descumprimento da mesma, acarretará na prática de crime de desobediência. E, por certo, deve-se evitar ou prevenir a conduta delituosa, inclusive não adotando medida que possa induzir a sua prática, como se fosse um “flagrante montado”.

Como dito, grande parte da doutrina ainda não cuidou do tema em profundidade e as definições ainda incipientes, recomendam precaução por parte dos operadores do direito, pois independentemente do conceito atribuído a cada expressão, as medidas podem implicar em sérias restrições à esfera de direitos individuais do executado, tais como a prisão civil, assim, o assunto que será abordado mais detidamente em outra pesquisa.

3 CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA

O comando legal do artigo 139, inciso IV do CPC se trata uma cláusula geral executiva (STRECK; NUNES, 2016, s.p.), técnica legislativa na qual se emprega, nas palavras de Judith Martins-Costa (2000, p. 299), “termos jurídicos dotados de vagueza semântica” e “linguagem de tessitura intencionalmente aberta”. Tem a vantagem de abranger uma maior variedade de casos, “mas não pretende dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência”.

O legislador lança mão desta técnica legislativa, quando reconhece a impossibilidade de prever as mais diversas situações que o caso concreto pode trazer, transferindo ao juiz a responsabilidade de adequar o procedimento ao caso concreto.

Ainda, a ênfase dada no texto: “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” denota a clara opção legislativa em corrigir o tratamento desigual que antes era conferido ao credor, sob a égide do CPC de 1973, a depender da espécie de obrigação a ser adimplida, pois nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa a atipicidade já era prevista, mas quanto às obrigações de pagar quantia certa, a atuação do juiz ficava limitada às medidas tipicamente previstas, que se revelavam, muitas vezes, insuficientes.

Por isso MARINONI; ARENHART; MITIDIERO (2017, v.2, p. 774-775) afirmam que o dispositivo traz solução à insuficiência normativa que padecia o processo no âmbito das prestações pecuniárias e representa “nova ruptura paradigmática no modelo processual brasileiro. Ao passo que dá novo significado à atividade jurisdicional, valorizando o *imperium* contido na decisão judicial, confere novos mecanismos de proteção dos direitos”.

Neste sentido, no atual sistema processual brasileiro:

[...] o magistrado deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema, tornando-se, assim, coparticipante da produção do direito, mediante a integração com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico (LEITE, 2015, s.p.).

Contudo no exercício do poder criativo/normativo a discricionariedade deve ceder a um espaço hermenêutico e argumentativo. Ao fundamentar suas

decisões, o juiz não pode invocar critérios ideológicos pessoais ou princípios vagos, sem lastro normativo (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 77-80).

Na escolha do método que mais se adequa ao caso concreto o magistrado deve ter em mente outra cláusula geral, inserta no artigo 8º do CPC, a qual preconiza que:

Art. 8º. Ao aplicar a lei, terá que atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Além destes postulados que norteiam o conteúdo da decisão, a forma do pronunciamento judicial se revela especialmente importante, pois o comando legal do artigo 489, parágrafo 1º do CPC, impõe ao magistrado que fundamente sua decisão de forma mais densa quando os parâmetros se mostrarem mais flexíveis como a cláusula geral (WAMBIER, 2016, p. 76).

De modo que “a instituição de uma cláusula geral executiva pelo inciso IV, do artigo 139, do CPC deve ser compensada por uma maior carga argumentativa da decisão definidora do mecanismo atípico” (ALCÂNTARA; COLNAGO, 2017, p. 238).

Esse dever de fundamentação a que a doutrina chamou de “exaustiva” ou “analítica” funciona como um mecanismo de controle para as partes, em que o juiz deve discorrer o porquê uma medida é mais adequada e não outra.

A obrigatoriedade da motivação, portanto, preserva interesses públicos e particulares. De um lado, é essencial para que se possa aferir em concreto a imparcialidade do juiz e justiça de suas decisões e, de outro, é essencial às partes, para que elas conheçam as razões da decisão (DONIZETTI, 2019, p. 53).

Mas a eleição da medida mais adequada nem sempre é tarefa simples, muitas vezes o magistrado deverá sopesar valores caros à sociedade como inafastabilidade do acesso à justiça e conseqüente efetividade da tutela executiva em contraposição a direitos fundamentais de ir e vir, por exemplo.

Por este motivo Fredie Didier Jr. *et al* (2017, p. 232) reconhecem que dar operatividade a comandos legais tão fluidos como os da cláusula geral insculpida nos artigos 8º e 139, IV do CPC é preciso um sistema de precedentes para balizar a conduta dos magistrados.

Como ainda não há *standards* estabelecidos, debate caloroso tem sido suscitado acerca dos parâmetros mínimos para aplicação do dispositivo, os quais serão tratados nos tópicos seguintes.

4 UTILIDADE DAS MEDIDAS COERCITIVAS

Para a doutrina majoritária função precípua do emprego da técnica executiva é pressionar o devedor ao pagamento. Por essa razão, a adoção de tais medidas só se justifica quando houver a possibilidade de adimplemento da obrigação (RODAVALHO, 2016, s.p.).

Se o devedor, no caso concreto, não paga porque não tem condições de fazê-lo, o fato de ser privado de determinados direitos não trará a contrapartida almejada e a medida se revelará inútil.

Além disso, “a execução não é instrumento de exercício de vingança privada, nada justificando que o executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do exequente” (NEVES, 2017, p. 113).

Antes, destina-se àquele típico “devedor cafajeste”, expressão cunhada por Marcelo Abelha Rodrigues (2016b, s.p.), para designar o devedor que não guarda os deveres de lealdade processual, da transparência e da boa-fé, que oculta seu patrimônio, que não paga porque não quer. Trata-se daquele “devedor profissional”, que “planeja” o inadimplemento desde a contratação, e antes mesmo de ser acionado judicialmente, blinda seu patrimônio.

Esse comportamento fica evidente quando o executado mantém um padrão de vida incompatível com o estado de penúria alegado nos autos, apesar de não declarar nenhum bem executável em seu nome, por assim dizer, continua a fazer negócios que envolvem quantias vultosas, ostenta um alto padrão de vida e até mesmo divulga em redes sociais viagens turísticas e presença em lugares requintados.

Isso não implica dizer que a medida funcione como uma punição ao executado que se recusa a pagar. De fato há sanção prevista para aqueles devedores que atentem contra dignidade da justiça, consoante artigo 774, parágrafo único, do CPC, por exemplo, mas a medida coercitiva com esta não se confunde.

Neste Sentido, importante esclarecimento de Gajardoni (2019, p. 471):

O móvel do artigo 139, IV, do CPC/2015 é fazer com que os bens e valores do devedor apareçam para saldar a dívida, de modo que, não havendo indícios da existência de patrimônio que possa ser revelado pelos empregos dos mecanismos indiretos, não podem ser ele empregados, sob pena de a medida executiva atípica se tornar odível sanção (algo incompatível com o caráter patrimonial da execução).

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 114), as sanções e medidas coercitivas se diferenciam sob os seguintes aspectos: a) quanto à natureza jurídica, b) critério temporal, c) quanto ao fato gerador. A sanção civil tem natureza de direito material, pois decorre do descumprimento de uma obrigação, portanto, sempre após a ocorrência do fato gerador, que é o inadimplemento. A medida coercitiva, no entanto, é instituto de direito processual e visa assegurar o cumprimento da decisão judicial, agindo de forma preventiva, para compelir o devedor ao pagamento.

A importância desta distinção reside no fato de que, ao contrário da medida coercitiva, a sanção deve sempre encontrar respaldo legal, não se admite medidas punitivas atípicas:

Toda sanção punitiva deve estar prevista em lei, e, não se submete à regra da atipicidade. Por outro lado, toda medida executiva se submete à regra da atipicidade, inclusive às voltadas à tutela pecuniária (RODRIGUES, 2016b, s.p.).

O fator tempo evidencia ainda mais a diferença entre os dois institutos, pois o decurso do tempo produz efeitos opostos. Explica-se: uma vez imposta a sanção, permanece, e inclusive poderá ser executada nos próprios autos (art. 777, CPC), enquanto que a medida coercitiva será sempre temporária. Sobretudo tendo em mira o requisito da utilidade, não se cogita a medida coercitiva *ad perpetuum*. Esclarecedora a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 113) neste sentido:

[...] é natural que seja sempre temporária, porque de duas uma: ou a obrigação terá sido cumprida, o que demonstrará a eficácia da medida; ou após o decurso de tempo de sua aplicação sem o cumprimento da obrigação se notará sua ineficácia. De uma forma ou outra não existe aspiração nas medidas executivas coercitivas à eternidade, devendo ser aplicadas somente até a satisfação da obrigação ou até o juiz notar que elas não cumpriram sua função no caso concreto. A sanção civil material, por sua vez, não é temporária, mas definitiva, não havendo qualquer correlação entre o tempo e sua existência. O fato de não haver expectativa de pagamento da dívida por parte do devedor naturalmente não acarreta o afastamento das sanções civis operadas pelo inadimplemento da obrigação.

Assim, se verificado no caso concreto que determinada medida não surtiu o efeito desejado, esta deverá ser revogada, complementada ou substituída por outra que se mostre mais adequada.

5 CARÁTER SUBSIDIÁRIO DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

O FPPC já se pronunciou acerca do caráter subsidiário na adoção das medidas atípicas:

Enunciado 12 do FPPC: 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, § 1.º, I e II.

Apesar de não ser vinculante, o FPPC só aprova seus enunciados quando o entendimento é unânime. O que revela a adesão massiva das centenas de especialistas participantes do fórum neste sentido.

Fredie Didier Jr., *et al* (2017, p. 230) entendem que o enunciado n. 12 do FPPC deve ser interpretado ao lado do artigo 536, parágrafo 1º, em prestígio ao postulado da integridade trazido pelo artigo 926 todos do CPC.

Isso porque artigo 536 do CPC, que consagra a atipicidade como regra, disciplina especificamente as obrigações fazer e não fazer e, por força dos artigos 771, parágrafo único e parágrafo terceiro do artigo 538, do CPC, se estende à execução para efetivar prestação de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro fundada em título extrajudicial e ao cumprimento de sentença para entrega de coisa.

Da conjugação desses dispositivos, portanto, resulta o entendimento que a atipicidade é admitida em todas as espécies de obrigações, mas não é a regra quando se trata de obrigações pecuniárias por não constar desse rol das obrigações nas quais o legislador privilegia a tutela específica (DIDIER JR *et al*, 2017, p. 230).

Salienta-se ainda que o entendimento é endossado pelo extenso rol de dispositivos que pormenorizam o procedimento da execução de pagar quantia certa, evidenciando a opção legislativa:

O detalhamento legal da execução por quantia é resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como inerentes ao devido processo legal, desde aquelas que impedem a penhora de certos bens, passando por aquela que impõe a convocação pública de interessados à aquisição de bem penhorado (DIDIER JR *et al*, 2017, p. 230).

Para Sérgio Cruz Arenhart (2018, p. 144), contudo, é questionável essa “tipicidade *prima facie*”. O autor acredita que em face da isonomia que deve reger o sistema processual, não se pode conferir tratamentos distintos em razão da espécie de obrigação a ser executada.

Aduz ainda que não se deve estabelecer critérios apriorísticos para limitar a atuação do magistrado, e que o fato do legislador colocar à disposição mecanismos típicos não implica interpretar que estes devem preferir àqueles (ARENHART, 2018, p. 144).

Entendimento compartilhado por Maurício Pereira Doutor (2018, p. 305), segundo o qual a regra geral de atipicidade “não provoca a inutilização do roteiro típico” e conclui:

Se o devido processo legal é a amplificação do direito de acesso à justiça, de forma participativa e dialógica, toda medida que visa a promover esse acesso antes agrega adesivamente como um reforço da garantia que a ameaça em sua integridade.

Assim, defende-se a “incidência plena [do dispositivo] (e não apenas residual) dos instrumentos ali previstos” e “uma aproximação maior ao sistema *commom law*, rompendo com a ideologia que ainda trata o juiz como um *iudex* privado” (ARENHART, 2018, p. 141-146).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 115), apesar de concordar com o posicionamento adotado por Arenhart, de que a existência de procedimentos executivos típicos não exclui a aplicação dos meios executivos atípicos, sustenta que a expropriação de bens é um caminho natural a ser adotado, e que se coaduna com o enunciado n.12 do FPPC:

É razoável que, havendo um procedimento típico previsto em lei, no caso da execução comum de pagar quantia certa, amparado fundamentalmente em penhora e expropriação de bens, seja sua adoção o primeiro caminho a ser adotado no caso concreto, até porque não teria mesmo muito sentido a previsão de um procedimento típico caso o juiz pudesse, desde o início, aplicar o procedimento que entender mais pertinente ou mesmo mais eficaz.

Este nos parece o posicionamento mais acertado, pois as técnicas expropriatórias tipificadas para as obrigações de pagar quantia certa são os meios que a prática processual demonstrou serem os mais eficientes e menos onerosos.

Ora, se diante da recusa do réu ao cumprimento da obrigação o juiz pode prescindir a atuação do executado, lançando mão de penhora de valores e bens, por exemplo, porque iria utilizar de medidas que requerem atos de mão própria do obrigado que já se mostrou resistente? Vale dizer, porque o juiz se utilizaria do expediente das medidas indiretas se ainda são viáveis as medidas sub-rogatórias para obter diretamente o bem da vida colimado?

De modo que o roteiro típico parece ser, ao menos abstratamente, o caminho mais natural, mas se diante do caso concreto, quaisquer das técnicas típicas de expropriação se revelarem infrutíferas, o magistrado poderá se valer das medidas atípicas que entender apropriadas, esposando os motivos pelos quais as medidas típicas não são aplicáveis, não havendo contudo a necessidade do total exaurimento das técnicas típicas.

Ademais, o tratamento diferenciado concedido às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa se justifica, em primeiro lugar porque o legislador privilegia a tutela específica e, na impossibilidade desta prestação ou o exequente assim o requerer, converte-se em perdas e danos¹¹, de modo que a tutela específica seria dificultada se houvesse a necessidade de se esgotar a via típica.

Em segundo lugar, não se pode olvidar que as obrigações de pagar quantia certa não envolvem apenas atos de desapossamento e transformação, como nas demais espécies de obrigações, mas também técnicas expropriatórias, que envolvem uma complexidade de atos muito maior, o que por si só contribui para a subsistência do itinerário típico (RODRIGUES, 2016a, p.62).

Por fim é possível, a concomitância de medidas atípicas e típicas, mas se a qualquer tempo houver a garantia do juízo, a medida atípica não mais se justifica, devendo ser “neutralizada” (LEMOS, 2018, p. 132).

Destarte, constata-se que o tema está longe de ser unanimidade, mas apesar dos posicionamentos serem tão divergentes entre si, possuem pontos em comum: há a clara determinação do legislador que o processo deve ser democrático,

¹¹ Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

e para ser democrático é imperioso que a decisão seja dialogada e a fundamentação analítica, norteando-se pelos postulados da efetividade e proporcionalidade.

6 CONCLUSÃO

Uma vez que o Estado tenha chamado para si a responsabilidade da prestação jurisdicional, com o fito da pacificação social é imperioso que se comprometa com a efetividade da tutela satisfativa, circunscrita que está no direito e garantia fundamental constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça.

Para além de ser justo e célere é preciso que o processo seja efetivo. No código revogado a atuação do magistrado na execução da obrigação de pagar quantia certa estava adstrita aos mecanismos tipicamente previstos, o que se revelava muitas vezes insuficiente e conduzia a uma proteção excessiva do devedor dessa espécie de obrigação, em detrimento do credor, desconsiderando-se que a efetividade da tutela jurisdicional também figura no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

A insuficiência normativa foi corrigida e não mais se justifica a preponderância dos direitos do devedor sobre o credor, mas também não se vislumbra a efetividade a qualquer custo, em detrimento do mínimo existencial do executado. O equilíbrio, assim, é indispensável.

A doutrina tem se debruçado em estabelecer os critérios mínimos para orientação não só do magistrado, mas de todos os que participam do processo, na implementação do dispositivo em tela e são eles:

As medidas típicas devem preferir às atípicas em prestígio ao princípio da menor onerosidade e eficiência da justiça.

Com a imposição legal de que todo pronunciamento judicial deve ser fundamentado, a decisão que determina ou indefere medidas executivas também deve ser. A fundamentação diante da cláusula geral inculpada no artigo 139, inciso IV deve ser analítica, dialogada, em prestígio ao contraditório efetivo e a vedação de decisões surpresas.

E por fim as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais atípicas são cabíveis quando há possibilidade de pagamento por parte do devedor, pautando-se sempre pelos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas: notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. ano 11, v. 18, n. 2, maio/ago. 2017, p. 219-244. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/26715/20998>. Acesso em: 06 maio 2019.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais. v. 270, p. 123-138, ago. 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais. v. 281, p. 141-167, jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152. n. 51, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, iv, 297 e 536, § 1º, CPC. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 267, p. 227-272, maio 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual**. 22. ed. São Paulo. Atlas, 2019. *E-book*.

DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 286, p. 299-324, dez. 2018.

ENFAM. Escola Nacional de Formação Aperfeiçoamento de Magistrados. **Enunciado 48**. art. 139, IV, do CPC/2015 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 extrajudiciais. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

FPPC. Fórum Permanente De Processualistas Civis. **Enunciado 12**. 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, § 1.º, I e II. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/24f2801a5578b5bbe78006fe7d3e642e.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Teoria Geral do Processo**: parte geral: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

LEITE, Gisele. O Neoprocessualismo do CPC de 2015. 16 mar. 15. **JusBrasil**. Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/240387719/o-neoprocessualismo-do-cpc-de-2015>. Acesso em: 16 maio 2019.

LEMONS, Vinícius Silva. A penhora e a sua função neutralizadora ao art. 139, IV, do CPC e as medidas atípicas. **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais. v. 87, p. 123-148, mar. 2018.

MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. v. 247, p. 231-246, set. 2015.

MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma justificativa às medidas executivas atípicas. **Revista de Processo**. v. 288, p. 181-208, fev. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 265, p. 107-150, mar. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: Teoria Geral do Processo. 8. ed. v. 1. São Paulo, Saraiva, 2018.

RODAVALHO. Thiago, O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. **Jota**. 21 set. 16. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em: 03 jun. 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução Civil**. 6. ed., rev., atual. Rio de Janeiro, Forense, 2016a.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? 21 set. 16b. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em: 13 maio 2019.

SANTOS, Silas Silva *et al* (coord.) **Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? 25 ago.16. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>? Acesso em: 18 maio 2019.

TESHEINER, José Maria Rosa. PL 5.139/2009 - Medidas Indutivas, Um Cavalo de Tróia? **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 9, n. 925, nov. 2009. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/47-artigos-nov-2009/6026-pl-51392009-medidas-indutivas-um-cavalo-de-troia>. Acesso em: 06 jun. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WALDRAFF, Célio Horst. Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-j do cpc/1973. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 50, p. 113-130, maio 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *In*: Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. (org.) **O Novo Código de Processo Civil**. Tribunal Regional Federal (2. Região). Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro: EMARF, 2016.