

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: José Henrique Mouta Araújo; José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-866-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

Os artigos apresentados neste Grupo de Trabalho durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, sob o tema: “Processo, jurisdição e efetividade da justiça I”, guardam entre si uma importante ligação de multidisciplinaridade em relação ao tema geral Processo Constitucional.

As discussões ocorridas no grupo foram fruto de elevado preparo dos expositores, e o aprofundamento dos temas debatidos, todos voltados para a busca de maior qualidade da prestação jurisdicional, passando por indagações referentes aos instrumentos de controle de constitucionalidade e pelo protagonismo Judicial em temas constitucionais relevantes.

O grupo de trabalho desenvolveu-se com a apresentação de grupos de quatro exposições, seguidas de profícuo debate entre os participantes e os coordenadores. As indicações doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas nos debates demonstram a qualidade das pesquisas dos participantes, oriundos de diversas instituições de todo o país, e, em última análise, a preocupação global com o tema central dos trabalhos.

Recomendamos a leitura.

José Henrique Mouta Araújo - CESUPA

José Querino Tavares Neto - UFG / PUC/PR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS: PRIMA RATIO OU ULTIMA RATIO? – O ART. 139, IV DO CPC/2015 E A EFETIVAÇÃO DA TUTELA JUDICIAL

THE ATYPICAL EXECUTIVE FORMS: PRIMA RATIO OU ULTIMA RATIO? – ARTICLE 139, IV OF CPC/2015 AND EFFECTIVENESS OF GUARDIANSHIP JURISDICTION

Ananda Aboim Lima Pereira ¹

Resumo

O presente trabalho objetivou discutir se as medidas atípicas, legitimadas pelo art. 139, inciso IV do CPC/2015, devem ser considerados como prima ou ultima ratio, ou seja, se há ou não subsidiariedade entre estas, levando em consideração a necessidade de efetivação da tutela jurisdicional. Foi tratado do art. 139, IV do CPC/2015 como cláusula geral, da necessidade de vedação ao non factibile, a da atuação do julgador. Por fim, notou-se que apesar da jurisprudência e da doutrina já terem discutido sobre o tema, ainda não há consenso acerca da subsidiariedade dos meios inominados de execução.

Palavras-chave: Atipicidade, Subsidiariedade, Execução, Efetividade, Jurisdição

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss if the atypical measures, legitimized by art. 139, IV of CPC / 2015, should be considered as prima or ultima ratio, that is, whether or not there is subsidiarity between them, taking into account the need for effective guardianship jurisdiction. It was treated of art. 139, IV of CPC as a general clause, the need to prohibit the non factibile and the performance of the judge. Finally, it was noted that although jurisprudence and doctrine have already discussed on the subject, there is still no consensus on the subsidiarity of unnamed means of enforcement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Atypicality, Subsidiarity, Execution, Effectiveness, Jurisdiction

¹ Especialista em Processo Civil e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Técnica da Procuradoria Geral do Estado do Pará (PGE/PA).

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo, no direito brasileiro, se perpetuou a ideia de que tão somente as medidas previstas expressamente no Código de Processo Civil poderiam ser utilizadas para a satisfação da tutela executiva. Esse posicionamento se apoiava sob a necessidade de resguardar os direitos do executado, evitar arbitrariedades e limitar a atuação do Estado-juiz.

Entretanto, com o a crise de efetividade que vinha assombrando o jurisdicionado nacional, onde o direito reconhecido muitas vezes não era realizado, de modo que as medidas executivas típicas, previstas expressamente na legislação vinham em muitos casos se mostrando ineficientes e por vezes inadequadas diante de algumas situações, ficou nítido que mudanças na atividade executiva precisavam ser feitas.

Assim, considerando que processo tido como efetivo é aquele que além de resolver de forma justa e eficiente o conflito, entrega para parte vitoriosa o que lhe é de direito, o CPC/2015 buscando superar essa crise e tornar o processo mais seguro e efetivo e ainda partindo da premissa que o legislador não consegue prever todas as particularidades de um processo, passou a permitir que o próprio julgador faça uso de medidas executórias atípicas, isto é, aquelas não previstas pelo código.

Essa permissão está expressa no CPC/2015 nos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º. O primeiro permite que o juiz pode fazer uso de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias quando necessárias forem. O segundo aduz que o juiz pode tomar todas as medidas que considerar adequadas para que a tutela provisória possa efetivada e o terceiro autoriza o juiz a fazer uso de medidas necessárias para que a sentença seja cumprida.

Com essa mudança promovida pelo CPC/2015, acabou por haver a substituição do princípio da tipicidade dos meios executivos pelo princípio da atipicidade. Onde o primeiro é aquele que limita a execução aos meios expressamente previstos na lei, trazendo previsibilidade ao processo e funcionando como uma proteção ao executado e um controle a atividade do julgador.

Por outro lado, apoiado no fato de que a lei não tem como prever todos os meios de execução que serão necessários para o cumprimento de uma obrigação, o princípio da atipicidade dos meios executivos permite ao magistrado escolher à medida que entender mais adequada e efetiva ao cumprimento da obrigação, levando em consideração cada caso concreto (Abelha, 2015, p. 72).

A liberdade em definir a melhor medida executiva sem dúvida acabou por dar um maior poder criativo a fase executiva, permitindo certa personalização na entrega do

direito reconhecido, mas ao mesmo tempo trouxe insegurança a atuação executiva, vez que não conceituou e nem limitou quando e como as medidas atípicas devem ser utilizadas.

Essa ausência de instruções acaba por levantar diversos questionamentos na aplicação dessas medidas, sobretudo, as previstas no art. 139, inciso IV do CPC/2015. Há dúvidas se estas são subsidiárias as medidas expressas, existindo, inclusive, hesitação, por parte de alguns doutrinadores, quanto a constitucionalidade deste dispositivo.

De modo que cabe a doutrina e a jurisprudência criarem diretrizes seguras e sólidas que possa balizar a aplicação do art. 139, inciso IV, com a finalidade de impedir o registro de violações ou excessos.

Assim, entre tantos questionamentos que a aplicação dos meios executivos pode desencadear, essa pesquisa tem como objetivo discutir acerca da subsidiariedade ou não das medidas atípicas sobre as típicas, ou seja, se é obrigatoriamente necessário primeiramente a aplicação das medidas expressas no código para só depois da ineficácia desta ser possível utilizar as medidas inominadas.

Acredita-se que ao uniformizar a aplicação dessas medidas o procedimento executivo será cada vez mais seguro e estável para ambas as partes, de modo a garantir que nenhum direito seja violado.

Para a realização do proposto foram utilizadas livros, artigos e ensaios, em sua maioria de processualistas, a legislação nacional e ainda foram considerados os ensinamentos teóricos e práticos adquiridos em sala de aula e na vivência profissional.

2 O ART. 139, INCISO IV DO CPC/2015 COMO CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA

Como já mencionado, o princípio da atipicidade foi solidificado no CPC/2015, de modo que a autorização para que o Estado-juiz possa dotar de maior efetividade suas ações encontram-se previstas expressamente ao longo do atual diploma processual.

Conforme Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 103) "O direito brasileiro consagrou em toda a sua extensão a regra da atipicidade dos meios executivos (Arts. 139, IV, 536, 537 e 538), com o que tornou a atividade executiva mais maleável e adaptável às necessidades do caso concreto".

Essa maleabilidade da atividade executiva, ao mesmo tempo que resulta em possibilidade e maior efetivação da tutela jurisdicional traz a necessidade de maior cuidado por parte do magistrado, já que o legislador acabou por não fixar o itinerário e nem os meios aptos a serem utilizados por aquele. Tal afirmação pode ser verificada a partir da análise do art. 139, IV do CPC/2015:

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;

Da leitura do mencionado dispositivo é possível desde logo notar a inovação trazida para o procedimento executivo, de acordo com Abelha (2018, p. 33) este “apresenta-se como um oásis de esperança para uma execução mais rente com a promessa constitucional de tutela dos direitos. [...] estar na parte geral e absolutamente harmonizado com a norma processual fundamental”.

Ao dizer que o julgador pode fazer uso de “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” o artigo citado acabou por ampliar os poderes do juiz no que tange o procedimento executivo.

É possível notar que o legislador concedeu ao julgador o poder/dever de indicar qual a medida será necessária para a efetivação daquele direito, visto que não poderia prever todas as medidas executivas necessárias a satisfação de todas as possíveis obrigações que possam vir a se apresentar.

Por outro lado, ao não conceituar ou demonstrar quando e como as medidas citadas devem ser utilizadas, o art. 139, IV do CPC/2015 acaba por se apresentar como uma cláusula geral, de modo que é necessário impor limites para a sua aplicação, para que não haja excessos e nem violações de direito.

Didier (2017, p. 102) conceitua cláusula geral como “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”.

Didier, Cunha, Braga e De Oliveira (2017, p. 3) defendem que a norma apresentada como cláusula geral tem como objetivo proporcionar uma atividade jurisdicional mais criativa e sobretudo justa, cuja aplicação é quase personalizada aquele caso concreto.

Quando uma norma legal apresenta conceitos determinados e vagos, como é o caso do dispositivo ora analisado, ele promove abertura para diversas interpretações, e, logo, incontáveis consequências, de modo que o ponto inicial para sua correta aplicação talvez seja a conceituação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias.

2.1 MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS E SUB-ROGATÓRIAS

A quem defenda, como Didier, Cunha, Braga e De Oliveira (2017, p. 03) que as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais são a mesma coisa, pois todas são formas de execução indireta, e que o legislador ao aponta-las como meios distintos de execução acabou por cometer uma atecnia e por sua vez, as sub-rogoratórias seriam meios de execução direta.

De outra sorte, a quem defenda que cada medida possui uma característica diferente, não as considerando iguais. Sendo assim, faz-se necessário conceituar cada medida citada no dispositivo.

As medidas indutivas, segundo Carreira e Abreu (2018, p. 243) “são aquelas que trazem um incentivo ao cumprimento do conteúdo da decisão judicial”. Logo, trata-se de uma medida tida como psicológica, que estimula o devedor a cumprir com a sua obrigação em troca de uma vantagem, como um desconto no pagamento das custas (Art. 701, §1º, CPC/2015).

O próprio ordenamento jurídico brasileiro estabelece situações em que é concedida a “sanção prêmio”, o magistrado não poderá deliberadamente aplicar isenções sem que exista previsão em lei. Dessa forma, entende-se o que o juiz tem a faculdade para escolher dentre as medidas indutivas estabelecidas pela lei, aquela que melhor se adequa ao caso concreto.

Por outro lado, as medidas coercitivas buscam garantir a efetividade da decisão judicial através da ameaça/coação. O magistrado, diante de um caso concreto, deverá decidir a medida mais adequada a ser aplicada ao devedor de forma a pressioná-lo a cumprir, pessoalmente, a obrigação imposta.

Temos como exemplos de medias coercitivas a aplicação de multa, imposição de juros em casos de descumprimento da decisão ou inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes.

As medidas mandamentais, devem ser aplicadas, preferencialmente, em situações extremas e são consideradas mais eficazes quando se está diante de uma obrigação de fazer ou não fazer de caráter infungível. Essa medida deve ser adotada em última hipótese, pois seu descumprimento fomenta na prática de crime de desobediência.

De acordo com Meireles (2018, p. 549) as medidas mandamentais são mais eficazes “em face da obrigação a serem executadas por agentes públicos”. Um exemplo dessa medida é a ordem judicial para nomeação e posse de agente público.

Importante mencionar que nessa medida o executado deve ser intimado pessoalmente da ordem mandamental, onde constará a advertência em relação ao descumprimento da medida e a sua consequência, que é o crime de desobediência.

No que tange as medidas sub-rogatórias, de acordo com Carreira e Abreu (2018, p.245) “podem ser compreendidas como as medidas em que o próprio Estado-Juiz irá cumprir a ordem judicial, ou seja, trata-se dos mecanismos de coerção direta”.

Para tanto, o Estado-Juiz intervirá na execução de forma a aplicar técnicas como a de desapossamento, transformação e expropriação de bens do executado com objetivo de satisfazer a demanda. Aqui, não existe a colaboração ou participação do devedor.

Após conceituação dessas medidas, que como comentado, seus conceitos também são carregados de questionamentos e divergências conceituais, a tarefa de aplicar o art. 139, inciso IV não deixa de ser menos árdua, vez que as possibilidades são grandes, podendo, sob a justificativa de efetivação da decisão judicial, estas resultarem em apreensão de CNH, de passaporte, prestação de serviços, em restrições de direitos, que a depender do caso pode se mostrar desarrazoada, pouco efetiva e até mesmo arbitrária, o que faz com que sua utilização chegue a ser questionada.

Nunes e Da Nobrega (2016, p. 3) são um desses questionadores, que consideram medidas como as citadas prejudiciais e violadoras de direitos constitucionalmente protegidos, chegando inclusive a propor que o referido art. 139, IV merece ser declarado inconstitucional, sem redução do seu texto, para que medidas como as citadas, sejam vedadas.

É bem verdade que a depender do caso, fazer uso de medidas como essas acabam por ser demasiadamente desproporcionais, o que ofende o princípio da onerosidade, por outro lado, entretanto, há ocasiões em que estas se fazem mais do que necessárias para o alcance da entrega do crédito do exequente.

O jurisdicionado ao fazer uso dessas medidas precisa considerar as garantias e vedações constitucionalmente previstas, pois sem esse respaldo, mesmo que o direito seja concretizado, se estará diante de uma violação ao devido processo legal, a menor onerosidade e ainda a efetividade, visto que esse último não consiste apenas na satisfação do direito reconhecido¹.

3 A EFETIVIDADE DO ART. 139, IV DO CPC/2015 E A VEDAÇÃO AO *NON FACTIBILE*

O art. 139, IV do CPC/2015 se apresenta como cláusula geral a fim de possibilitar que a satisfação do mérito se dê de forma mais efetiva, permitindo que o

¹ Neste sentido há expressa menção na própria exposição de motivos do CPC: Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade as garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

jugador possa escolher, para além daquelas medidas expressas no código, a melhor técnica de efetivação daquele direito já reconhecido.

Essa necessidade de concretização da tutela executiva é inclusive tida como uma das normas fundamentais do CPC/2015, prevista em seu Capítulo I, onde traz as partes, em seus artigos 4^a e 6^o, a garantia de que em tempo razoável obtenham de forma cooperativa uma decisão de mérito justa e integral da atividade satisfativa.

Assim, não é suficiente que haja uma decisão pondo fim ao conflito ou reconhecendo um direito, é necessário que haja a satisfação da tutela executiva, pois conforme conclui Abelha (fls, 2018, p. 10) reconhecer o que foi pedido, sem, contudo, entregar acaba reduzindo a importância do direito fundamental de acesso à justiça.

Dessa forma, assim como existe a vedação a *non liquet*, a qual, proíbe que o juiz se recuse a decidir uma causa, que um processo fique sem decisão, é necessário impor ao jurisdicionado brasileiro a obrigação de perseguir a concretização do direito do executado, pois se não fosse assim, se estaria diante de uma contradição.

A partir daí, temos a proibição do *non factibile*, que é exatamente a vedação da não execução de um direito já reconhecido, traduzindo do latim temos que significa “não-factível”. O referido termo, em consonância com a proibição de *non liquet* tenta garantir a realização do acesso à justiça, do devido processo legal e da efetividade do processo, de modo que o objetivo é entregar uma decisão de mérito justa e assegurar sua concretização.

Conforme Minami (2018, p. 63) são várias as situações que impedem a efetivação da tutela executiva, entre elas, tem-se que os procedimentos expressos em lei por vezes são insuficientes e até inexistentes. Assim a solução aplicável a esse problema está prevista no art. 139, IV do CPC/2015, qual seja, a aplicação das medidas atípicas de execução, para o cumprimento de qualquer ordem judicial. O que é ratificado pelo enunciado n.º 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

48) O 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.

Dito isso, cabe dizer que está autorizado o uso de medidas atípicas para a satisfação de qualquer título judicial, porém não é permitido que tal técnica seja utilizada de forma indiscriminada ou arbitrária, não se pode levar em consideração tão somente o direito do exequente, devendo se resguardar e zelar igualmente pelo do executado.

No mesmo sentido, Wambier (2016, p. 503) sobre tema, demonstra que

[...] diante da nova sistemática apresentada no que concerne aos poderes do juiz em geral, tais medidas tomaram nova destinação e alargaram a sua

abrangência, pois agora se prestarão ao apoio para o cumprimento de qualquer ordem judicial até mesmo nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, de maneira que o juiz poderá se valer daquelas mesmas técnicas de efetivação de decisões judiciais até então circunscritas às obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, para vencer a recalcitrância do destinatário da ordem judicial.

Nesse diapasão, ao aplicar o disposto nesta cláusula geral o julgador não pode com o objetivo de preservar a mencionada norma fundamental passar por cima de outros direitos igualmente protegidos. Assim, Streck e Nunes (2016, p.2) defendem que não vale tudo para que a obrigação seja cumprida, é necessária certa reflexão, para que a medida escolhida esteja alinhada aos preceitos constitucionais.

Ademais, a utilização de técnicas atípicas com único objetivo de constranger o patrimônio do executado, se mostra arbitrária e violadora de direitos fundamentais, podendo inclusive atentar contra o devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV da CF, acabando por tornar a medida ineficaz.

O objetivo da vedação ao *non factibile* não é apenas compelir o jurisdicionado a efetivar determinado direito a qualquer custo, na verdade tal proibição demanda certa dedicação do julgador, o qual tem que levar em consideração que não é apenas uma parte que merece ter seu direito protegido, mas ambas, afinal entre tantas opções o juiz deve optar por aquela que ofenda o mínimo possível o patrimônio do exequente. Vale lembrar, a execução não é vingança.

3.1 O PODER DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ

No Código de Processo Civil de 2015 o legislador buscou transferir ao magistrado a credibilidade de dirigir ativamente o processo, para tanto, intensificaram os poderes outorgados, o que lhe possibilitou uma ação positiva no processo.

O artigo 139 do CPC/2015 consiste em cláusula geral e que atribui ao magistrado poderes para se buscar a efetivação da execução através de diferentes medidas com o intuito de compelir o devedor a cumprir a obrigação. Esse ônus argumentativo que lhe é concedido deve ser devidamente fundamentado.

Essa necessidade de fundamentação, inclusive, está expressa no próprio CPC/2015, mais especificamente no art. 489, §1º, II, que busca evitar a ocorrência de arbitrariedades. Além do mais, essa liberdade dada ao julgador não o permite ultrapassar os limites dos direitos fundamentais e da integridade processual.

Importante ressaltar, que essas medidas não podem ser aplicadas deliberadamente, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas peculiaridades. Isso porque o que pode funcionar para um, não necessariamente irá funcionar para os

demais, daí o motivo do próprio legislador não ter incluído na norma legal um rol taxativo de medidas executivas.

Frisa-se que quando o dispositivo determina que cabe ao juiz escolher os meios necessários para o cumprimento da obrigação está ratificando que a opção do julgador deve se dar levando em consideração as nuances e particularidades de cada processo.

Encontrar o limite da aplicação dos meios atípicos de efetivação da tutela executiva é fundamental tanto para o exequente quanto para o executado, uma vez que ao escolher uma medida desarrazoada ambos os lados podem sofrer prejuízos.

De acordo Roque (2018, p. 738), é necessário ter em mente, que sob nenhuma hipótese o julgador pode ir contrário aos preceitos legais e aos direitos fundamentais e fazer uso de meios legalmente proibidos

Ademais, o art. 139, IV só será passível de aplicação nos casos em que o executado possuir bens disponíveis, não impenhoráveis (Carreira e Abreu, 2018, p. 249), pois caso contrário a utilização de medidas atípicas, desvirtuaria o seu propósito, servindo tão somente como uma forma de punir o executado, em nada resultado para o cumprimento efetivo do título executivo.

Dito isso, para se construir uma diretriz sólida da aplicação das medidas atípicas, é necessário considerar o disposto no art. 8º do CPC/2015, qual seja, os postulados da razoabilidade, proporcionalidade, vedação do excesso e os princípios da menor onerosidade, eficiência (DIDIER, 2017, p. 110) e a demonstração de que o meio escolhido é o necessário para a consagração do direito.

Vale mencionar que esse aumento do poder criativo concedido ao magistrado não configura uma condição de hierarquia entre os sujeitos do processo, uma vez que entre eles prevalece o princípio da cooperação. O poder, aqui mencionado, refere-se à instrumentalidade do processo, a forma a ensejar um procedimento mais célere, adequado e eficaz. Permitindo que se consiga servir uma maior efetividade as decisões judiciais.

Por essa razão é que, mesmo podendo dispor de mais medidas, o magistrado ao deliberar a forma mais adequada para o caso, deverá fundamentar a sua decisão, respeitando o devido processo legal, demonstrando as razões e embasamentos que o dirigiram para a aplicação das medidas.

4 A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS: PRIMA RATIO OU ÚLTIMA RATIO?

O Diploma processual atual possui um procedimento típico para as obrigações de fazer (Arts. 814 e 823), de entrega de coisa (Arts. 806 a 810) e quantia certa (art. 523).

Entretanto, ainda que exista um procedimento típico previsto para cada tipo de obrigação o princípio da atipicidade não se encontra restringido.

O Ordenamento Pátrio não estabeleceu se a sistemática executiva nacional é típica ou atípica. Nesse sentido, Abelha (2015, p. 98) comenta que “a grande novidade expressamente demarcada no ar. 139, IV, é a possibilidade de o magistrado cumular com os meios típicos aqueles outros coercitivos e indutivos que lhes parecem adequados para melhor obtenção da tutela, inclusive pecuniária”.

A sua vez, Minami (2018, p. 64) afirma que o Direito Brasileiro por ter procedimentos regidos tanto por meios típicos como por meio atípicos, adota o procedimento misto flexível de tipicidade dos meios executivos.

Dessa forma, muitas dúvidas são levantadas em relação a subsidiariedade ou não das medidas atípicas sobre as típicas, ou seja, se é obrigatoriamente necessário primeiramente a aplicação das medidas expressas no código para só depois da ineficácia desta ser possível utilizar as medidas inominadas.

Nessa medida, quem defende a subsidiariedade como requisito para a aplicação das medidas atípicas em grande parte, argumenta (Expósito e Levita, 2018 p. 552) que o próprio código assim determina, quando trata das execuções por quantia certa. O mesmo autor, entretanto, afirma que tal subsidiariedade só existe nessas execuções, visto que nas tutelas de fazer e não fazer, em razão das diversas possibilidades, a atipicidade seria regra.

Marcelo Caetano (2018, p. 227), sob o mesmo argumento de que há na legislação preferência legal para a aplicação das medidas típicas, defende que os meios executivos inominadas, por representarem flexibilização judicial, devem ser consideradas como *ultima ratio* no cumprimento de qualquer título executivo, sob pena de banalização destes.

Ratificando tal posicionamento, o enunciado n.º 12 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis – FPPC, tem a seguinte interpretação:

(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

Conforme o enunciado acima mencionado, o magistrado, além de observar o contraditório e o dever de fundamentação da decisão, tem que, necessariamente, aplicar a medida atípica, para só então, diante da ineficácia desta, aplicar as medidas atípicas.

Ademais, a 3ª e a 4ª turma do STJ já se manifestaram no mesmo sentido, conforme se lê na ementa do seguinte julgado:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. [...]

2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.

3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou **meios** de controle efetivos.

5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. **6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.** (STJ Resp 1782418 / RJ RECURSO ESPECIAL 2018/0313595-7, Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/04/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: 26/04/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada)

Da leitura do citado, é possível depreender que além da referida turma defender a subsidiariedade das medidas atípicas, pregando que estas devem ser utilizadas como *ultima ratio*, essas não poderiam ser aplicadas nos casos em que o executado não disponha de nenhum bem passível de execução.

Ocorre que, esse entendimento vai de encontro a própria proposta do CPC/2015, que buscou superar a crise de efetivação das tutelas executivas. Uma vez que seria ilógico o magistrado ser obrigado a aplicar uma medida típica estando convicto de que esta não alcançaria o objeto da execução, tão somente, em razão de haver subsidiariedade na aplicação das medidas.

Ademais, com a redação do art. 139, IV do CPC/2015, observa-se que o legislador não teve a intenção de restringir a aplicação das medidas atípicas, devendo estas serem aplicadas sempre que se mostrarem mais eficazes para o cumprimento da ordem judicial.

Marcelo Abelha (2018, p.33), entende que as medidas atípicas de execução não são consideradas subsidiárias das típicas, pois em sua concepção a cláusula geral não demonstra o que é prioridade ou subsidiariedade. Para ele o dispositivo em nenhum

momento determina se as medidas devem ser usadas juntas, ou se necessariamente uma deve ser usada primeiro, para posteriormente a outra ser aplicada.

Nessa perspectiva, o já citado enunciado n° 48 da ENFAM, além de reforçar o art. 139, inciso IV do CPC/15 como uma cláusula geral, defende que não há subsidiariedade entre os meios típicos e atípicos de execução.

Do mesmo modo temos o seguinte trecho de um acórdão da 2ª Turma do STJ, a qual determina não haver necessidade de medidas típicas serem aplicadas antes das medidas atípicas, conforme se lê:

[...] **diante de um comportamento infringente à boa-fé objetiva, passa o juiz a desfrutar da possibilidade de utilizar-se de meios executivos atípicos antes mesmo de exaurida a via típica.** Dizendo de outro modo, se a postura do devedor prenunciar que o emprego de **meios** sub-rogatórios ou indutivos típicos importará inócuo dispêndio de tempo e de recursos públicos (para a movimentação da máquina judiciária), é perfeitamente possível que a execução seja inaugurada a partir do manejo de mecanismos indutivos ou sub-rogatórios **atípicos**". "Outro limite central amiúde apresentado à aplicação dos **meios atípicos** de execução é a observância do contraditório prévio – salvo quando puder frustrar os efeitos da medida - e a exigência de fundamentação adequada, manifestações do devido processo legal. (STJ HC 478963 / RS HABEAS CORPUS 2018/0302499-2, Relator: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/05/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: 21/05/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada)

Nota-se que o assunto não está pacificado, de modo que até mesmo dentro do STJ há divergência entre as turmas. Entretanto, é consenso entre todos que as medidas atípicas são permitidas com o objetivo de garantir a celeridade e eficácia das decisões judiciais.

Seguindo o trecho citado, conforme já mencionado, seria um desperdício de tempo e até mesmo uma violação a normas e princípios fundamentais obrigar o julgador, mesmo convicto de que uma medida típica não será efetiva, fazer uso dessa para somente após estar autorizado a utilizar meios inominados.

Tem-se ainda o art. 805 do CPC/2015 o qual determina que diante da multiplicidade dos meios hábeis a executar um direito, deve o julgador escolher aquele menos oneroso as partes, ou seja, não há previsão de que os meios típicos devem prevalecer sobre os atípicos.

Assim sendo, defende-se aqui que os meios atípicos de execução devem ser utilizados como *prima ratio* nas situações em que esses se mostrem mais efetivos na satisfação do direito a ser executado, devendo, claro, serem observados os direitos das partes, a legislação vigente, e, ainda, respeitado os princípios e garantias fundamentais.

Desse modo acredita-se que priorizar o uso das medias nominadas mesmo em situações que estas se mostrem deste logo insuficientes acaba exatamente por violar a

proibição ao *non factibile*, além de reduzir os efeitos da cláusula geral que as implementou e adiar a entrega do direito do exequente.

Para finalizar, cabe uma última observação, pois como bem aponta Carreira e Abreu (2018, P. 249) em razão do art. 190 do CPC/2015 pode as partes por meio de um negócio jurídico processual afastar a incidência das medidas típicas bem como tornar as medidas atípicas como regra, afastando assim uma possível subsidiariedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC/2015 inovou ao permitir por meio do art. 139, inciso IV, que o julgador fizesse uso de medidas atípicas de execução. Essa iniciativa, veio com o objetivo de superar a crise de efetivação da tutela executiva enfrentada pelo judiciário brasileiro.

A falta de efetivação da tutela jurisdicional justifica a referida mudança, uma vez que esta é um direito fundamental e a sua ausência de realização, além de violar a prerrogativa do autor acarreta instabilidade e insegurança do ordenamento jurídico. A incidência dessas medidas, se aplicam tanto em execução fundada em título judicial quanto extrajudicial, onde o processo de execução se dá nos mesmo limites do cumprimento de sentença.

Foi verificado, que o legislador, ao autorizar que o juiz pode “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, acabou por criar uma cláusula geral cujo conceito é aberto.

Tal norma é considerada como tal, pois o código não fixou limites, parâmetros e diretrizes para a utilização das medidas citadas. O que por vezes acarreta uma profunda controvérsia no que tange a aplicação dessas.

Restou demonstrado não ser tarefa fácil a aplicação desses meios, havendo divergência, inclusive, na conceituação das medidas previstas. Daí ser fundamental a criação de balizas que aferem o uso legítimo das medidas executivas atípicas. Diante do silêncio da norma, coube aos Tribunais e a doutrina a fixação dos parâmetros que legitimam a aplicação delas.

Identificou-se que podem ser apontados como limites para a utilização dos meios atípicos na execução os postulados da razoabilidade, proporcionalidade, vedação do excesso e os princípios da menor onerosidade, eficiência e por fim, a demonstração de que o meio escolhido é necessário para o cumprimento da obrigação.

Desse modo, sendo vários os meios aptos, o escolhido deve conferir efetividade ao cumprimento da execução e simultaneamente ser o menos oneroso, invasivo, o mais

necessário, ofender o mínimo possível o patrimônio do devedor e, sobretudo, evitar prejudicar terceiros estranhos à lide.

Logo, o magistrado, claramente, possui um maior domínio criativo sobre a causa, porém, conforme ilustrado, este não pode fazer uso de meios legalmente proibidos e que violem direitos fundamentais das partes. Sem dúvida, essa ampliação de poder exige uma atuação mais responsável, criteriosa e sensível do magistrado. Pois, uma prestação efetiva é aquela que resolve o conflito de forma justa e satisfaz o direito, causando mais benefício do que malefícios as partes.

Ao longo do presente ensaio foi ainda levantado o questionamento acerca da subsidiariedade ou não das medidas atípicas sobre as típicas, que conforme demonstrado não há consenso entre a doutrina e jurisprudência. Porém, grande parte defende a priorização das medidas típicas, afirmando assim haver subsidiariedade entre as medidas.

Apesar disso, levando em consideração que o CPC/2015 em nenhum momento expressou que as medidas atípicas são *ultima ratio* e ainda que o dispositivo que legitimou o uso desses meios se apresenta como cláusula geral com o objetivo de tornar o procedimento executório mais eficaz, foi defendido que as medidas trazidas pelo art. 139, IV do CPC/2015 devem ser tratadas como *prima ratio* sempre que estas se mostrarem mais adequadas a resolução daquele caso, não havendo assim subsidiariedade.

Ainda restou observado, que é possível que a subsidiariedade, por muitos defendida, seja afastada por negociação jurídico processual entre as partes, por força do art. 190 do CPC/2015.

Por fim, cabe dizer que este ensaio não objetivou exaurir a discussão acerca do tema, de modo que se espera que este estudo seja utilizado como mais um meio de alcançar a aplicação segura, efetiva e, sobretudo, como forma resguardar direitos e garantias fundamentais e ampliar a compreensão acerca do artigo 139, inciso IV do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Fundamentos da Tutela Executiva. Brasília: Gazeta Jurídico, 2018.

CAETANO, Marcelo Miranda. A atipicidade dos meios executivos – coadjuvante com ares de estrela principal - o art. 139, IV, CPC e o resguardo ao escopo social do processo. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e Abreu. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. IN: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: Medidas Executivas Atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

COMISSÃO DE JURISTAS. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPC. 2010. Brasília. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-digodeprocessocivil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>. Acessado em: 24 de ago. 2019.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandrino. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas do art. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. Revista de Processo. Vol. 267/2017. p. 227-272. DURO, Cristiano. Execução e democracia: a tutela executiva no processo constitucional. Salvador: JusPodivm, 2018.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: http://www.danielort.com.br/wpads/2018/05/IX_Forum_Permanente_de_Processualistas_C.pdf. Acesso em: 10 de fev. 2019.

EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica. IN: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Medidas Executivas Atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

LORDELO, João Paulo. Execução no Novo CPC. Disponível em: <www.joaolordelo.com> Acesso em: 23 de jan. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>> Acesso em: 13 de fev. 2019.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil volume 2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MEIRELES, Edilton. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução. IN: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: Medidas Executivas Atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

MINANI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas – da vedação ao non factibile. IN: Didier Junior, Fredie et al (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: Medidas Executivas Atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOBREGA, Guilherme Pupe da. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o art. 139, IV do CPC de 2015. Disponível em

<<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>> Acesso em 11 de dez. 2018>.

NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? 2016. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>> Acesso em 11 de dez. 2018.

RODORVALHO, Thiago. O Necessário Diálogo Entre Doutrina e Jurisprudência na Concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). *IN*: Didier Junior, Fredie et al (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Medidas Executivas Atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015. *IN*: Didier Junior, Fredie et al (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Medidas Executivas Atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 733-752.

SEMINÁRIO - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Enunciados aprovados. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2015/09/enunciadosvers%C3%80-definitiva-.pdf>> Acesso em: 08 de fev. 2019.

VERAS, Ney Alves. Teoria Geral da Execução no Novo Código de Processo civil: Proposta Metodológica, Princípios, Partes, Competência, Título Executivo e Responsabilidade Patrimonial. Disponível em: <www.academia.edu/NeyAlvesVeras> Acesso em: 23 de jan. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Novo Código de Processo civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.