

As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV

Francisco Vieira Lima Neto¹

Myrna Fernandes Carneiro²

Resumo: O novo Código de Processo Civil – CPC/15, através do art. 139, IV, ampliou a possibilidade de uso de meios coercitivos atípicos (ou meios de “execução indireta”) para além das execuções de fazer e não fazer, a que outrora se circunscreviam por força do art. 461, §5º do CPC/73. É importante examinar, para correta compreensão e aplicação da nova cláusula geral de atipicidade dos meios executivos contida no referido art. 139, IV tanto a evolução da denominada “execução indireta” nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, quanto as influências estrangeiras absorvidas pelo legislador brasileiro para criação do novo dispositivo. Mais do que isso, é crucial amoldar o art. 139, IV do CPC/2015 às normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais em matéria processual e analisar criticamente a jurisprudência até então produzida sobre o tema, propondo um requisito a ser observado para que as medidas coercitivas sejam aplicadas às obrigações de pagar de forma a concretizar direitos fundamentais processuais: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor.

Palavras-chave: Técnicas coercitivas; Direitos fundamentais processuais; Sinais exteriores de riqueza.

A busca pela efetividade: breve histórico da ‘execução indireta’

O fato de a tensão entre efetividade x segurança jurídica ter sido sempre decidida em favor da última durante a fase do *processualismo*, atrelado a outras questões externas ao processo, produziu verdadeira crise da justiça em razão da morosidade com que as regras jurisdicionais eram conferidas às partes interessas. “Demorar, sem justa causa, na prestação da tutela jurídica efetiva a quem tem, constitucionalmente, o direito de obtê-la, equivale a denegá-la, na ordem prática” (THEODORO Jr., 2009, p. 243).

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP; Professor na Graduação em Direito e no Mestrado em Processo da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e Procurador Federal.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhuera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada e Professora da Faculdade Castelo Branco.

Como aponta Guilherme Rizzo Amaral (2008, p. 233), “é o engessamento das técnicas de tutela que contribui para a injustiça e a debilidade do processo, seja para o autor, seja para o réu”, pois predefinir todas as etapas de um “programa processual” como único meio de realizar o direito material “significa algemar o juiz e torná-lo mero espectador ou fiscalizador do funcionamento débil do aparato processual”. Na fase do processualismo, este foi o modelo vigente, em que “a tarefa do juiz, então, cingia-se a descobrir a ‘vontade concreta da lei’” (MITIDIÉRO, 2005, p. 37-38).

Este modelo burocrático de processo se mostrou insuficiente para garantir a realização do direito daquele que tem razão por inúmeras razões. Primeiro porque, em muitos casos, somente através da conduta do próprio executado se pode atingir, através do processo, o resultado mais próximo possível daquele que se teria produzido caso não tivesse ocorrido a crise de inadimplemento [do direito material].

Segundo porque, o rito longo e predefinido – portanto, previamente conhecido pelo devedor – permitia a ele se preparar para os atos por vir, de forma que, quando atingido o momento de sua realização, não são mais capazes de produzir resultados eficazes.³

Essas constatações demonstraram a insuficiência do modelo tradicional de execução direta, em que o Estado substitui a vontade e a ação do devedor, e a necessidade de desenvolver mecanismos que tivessem o condão de induzir o devedor a praticar a conduta que lhe é exigida, gerando um resultado prático o mais equivalente possível ao que teria advindo do adimplemento espontâneo e voluntário em menor espaço de tempo.⁴

Assim, várias foram as leis editadas para remodelar os procedimentos previstos pelo CPC/73 em nome da efetividade, a que aqui nos referimos de forma simples como o direito aos “meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado”, assim entendidos como aqueles meios que têm “aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória”. (ZARIF, 2006, p. 141)

Nesta ótica, por exemplo, foi generalizada a possibilidade de antecipação de tutela através do artigo 273 do CPC/73 pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002; foi prevista a possibilidade de imposição de astreintes⁵ para coerção do devedor (artigo 461, §4º, por exemplo, inserido através da Lei 8.952/1994); foram reunidas a atividade cognitiva e a atividade executiva num mesmo processo sincrético (Lei nº. 11.232/2005) e foi, ainda, encampada a possibilidade de o juiz decidir, à luz do caso concreto, quais meios coercitivos são hábeis a compelir o devedor a cumprir obrigação de fazer ou não fazer (através da inclusão do §5º do art. 461

³ Nas palavras de Eduardo Talamini (2016, p. 20), “mesmo quando há, em tese, a possibilidade de sub-rogação, as providências substitutivas de conduta [do executado] tendem a ser onerosas e demoradas”.

⁴ Acerca do assunto, assinala Narda Roberta da Silva que “não basta que a decisão seja apenas proferida. A ordem jurídica deve prever mecanismos processuais cuja finalidade seja garantir o cumprimento efetivo e específico do comando judicial e, assim, realizar uma prestação jurisdicional adequada, efetiva, justa e tempestiva” (SILVA, 2011, p. 668). É esta a ótica que em grande parte se orientou a reforma da legislação processual.

⁵ Segundo Araken de Assis (ASSIS, 2008, p. 133), a astreinte é multa periódica imposta ao devedor com o objetivo de fazê-lo cumprir a ordem judicial, caracteriza pelo exagero do algarismo e pela ausência de limites temporais.

pela Lei nº. 8.952/97 e posterior alteração pela Lei nº. 10.444/2002), abrindo um novo leque de possibilidades para a concretização do direito material no plano fático.

Superando o antigo brocardo liberal *nemo potest cogi ad factum*, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a praticar um ato, observou-se que o direito de liberdade do executado se opõe, na execução, ao direito à tutela efetiva, adequada e tempestiva do exequente.⁶ Tem-se, portanto, um choque de direitos fundamentais, não podendo o direito à liberdade exsurgir sempre e aprioristicamente como o vencedor de forma a não se justificar qualquer abrandamento seu.

Abriu-se espaço, assim, para o crescimento da chamada “execução indireta”, que Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 334) a define como “o uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele mesmo satisfaça a obrigação (*rectius*: dever)”.

No mesmo sentido, Marcelo Abelha (2015, p. 44) define o instituto como o conjunto de “meios coercitivos impostos com o desiderato de compelir o executado a adimplir o dever ou obrigação”.

Verifica-se, portanto, que a diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que nessa última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas. (GUERRA, 1999, p. 28). A execução indireta trata de adimplemento voluntário, embora não espontâneo, pelo próprio devedor.

O ápice do reconhecimento da execução indireta, sob a égide do Código anterior, se deu com a inclusão do já referido §5º no art. 461, que dispunha, com a redação que lhe fora dada pela Lei nº. 10.444/2002, que:

Art. 461. [...]

§5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Trata-se, como pontuou Marcelo Guerra (1999, p. 61), de verdadeira “norma de encerramento” a consagrar a *atipicidade dos meios coercitivos* na execução das obrigações de fazer e não fazer. Não estava o juiz, para atingir o cumprimento deste tipo de obrigação, vinculado a medidas prévia e taxativamente previstas pela própria legislação, aprioristicamente.

⁶ Desde o Código de Napoleão proibiu-se o atingimento da incolumidade física para cumprimento de obrigações, consagrando-se a máxima de que não se pode constranger alguém a um fazer que não queira voluntariamente realizar: trata-se da máxima *nemo potest cogi ad factum*. Criticando a suposta ilicitude deste constrangimento do devedor, Luiz Machado Guimarães, citado por Araken de Assis (2004, p. 08) há muito já assinalava que “parece evidente que nada há mais lícito do que exigir do devedor que cumpra a prestação a que se obrigou”.

Cabia-lhe definir, em cada caso concreto, a(s) medida(s) que se mostrasse(m) mais adequada(s) a constranger o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação – à evidência, não se trata de poder discricionário do juiz desvinculado de quaisquer critérios, devendo ser obedecidos alguns requisitos para a imposição de medidas coercitivas; a discussão acerca de tais requisitos, inclusive, é o cerne deste trabalho.

Como destaca Guilherme Rizzo Amaral (2008, p. 177), o referido dispositivo possui uma “instabilidade virtuosa”, uma “adaptabilidade, maleabilidade frente à eventual resistência ao seu cumprimento verificada no plano real”, indo ao encontro da efetividade tão buscada através das sucessivas reformas da execução.

Esta possibilidade, contudo, não havia chegado à execução de pagar quantia que abarrotam o Poder Judiciário. Segundo Amaral (2008, p. 178), a natureza das obrigações submetidas à técnica de tutela condenatória não é, em si, incompatível com a adoção de medidas coercitivas voltadas a coagir o devedor a cumprir pessoalmente a obrigação [no caso, de pagar], existindo, na verdade, incompatibilidade legislativa.

Assim, surgindo alteração legislativa que passasse a permitir a adoção de medidas coercitivas nas execuções de pagar quantia, poder-se-iasuperar o único óbice até então existente para a concretização da chamada “execução indireta” nas obrigações de pagar: a falta de expressa previsão legal.

Dentro deste cenário, foi inserido no Código de Processo Civil de 2015 o art. 139, IV, que permite ao juiz “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*”. (grifos nossos).

O novo Código como um todo é marcado pelo “empenho pela aceleração”, (DINAMARCO, 2016, p. 43)⁷ como se pode ver na disciplina de muitos institutos como a tutela de evidência (art. 311) e a estabilização das tutelas antecipadas (art. 304) além de, é claro, do novo regramento acerca da imposição de medidas coercitivas voltadas ao cumprimento da decisão judicial (art. 139, IV do CPC).

O tratamento da matéria no CPC/15

O novo Código, avançando em relação ao tratamento legislativo anterior da matéria, não trouxe a cláusula de atipicidade de meios coercitivos em capítulo referente a processos de execução ou ao cumprimento de obrigações, e sim em capítulo referente aos “*poderes, deveres e responsabilidade do juiz*”, a saber, Capítulo I do Título IV (Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça) do Livro III (Dos Sujeitos do Processo).

⁷ Com efeito, foram expressamente declarados cinco objetivos perseguidos pelo novo Código Processual, como pontua Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 42): (a) o da harmonia com a Constituição Federal; (b) o da fidelidade ao contexto social, com maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo; (c) o da simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis; (d) o do maior rendimento possível, para otimização dos resultados de ‘cada processo em si mesmo considerado’, e (e) o de ‘imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe assim maior coesão’.

Repita-se sua redação:

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.

Até então as medidas coercitivas eram instituto afeto às execuções (quer se lhes reconhecesse a natureza de “verdadeira” execução ou não⁸), visto que previstas especificamente para este tipo de atividade (executiva). Daí a razão, aliás, de terem sido agrupadas sob o rótulo de *execução* indireta.

Hoje, tanto a topografia da referida norma de encerramento (na parte geral do Código), como sua redação – que permite ao juiz eleger e aplicar meios coercitivos necessários “para assegurar o cumprimento de ordem judicial” sem restringi-los a um tipo específico de “ordem judicial” – sugerem que podem os meios coercitivos ser aplicados para assegurar o cumprimento de *qualquer* ordem judicial – como, por exemplo, a ordem a um terceiro a fim de que exhiba documento ou coisa para instrução do feito – e não só às ordens dirigidas ao devedor para que cumpra a obrigação em favor do credor.

Esta ideia, segundo pensamos, condiz tanto com a influência do *contempt of court* na construção do modelo brasileiro de técnicas de coerção, como com a influência do Direito Francês. Acerca da amplitude do *contempt of court*, destaca Marcelo Lima Guerra (2009, p. 93) que:

Como regra geral, somente quem é parte em um determinado processo pode ser considerado em *contempt of court*. Há hipóteses, no entanto, em que se tem reconhecido, também, que a conduta de terceiros pode ser considerada como *contempt*. Exemplos dessa espécie são os casos de comentários veiculados pela imprensa sobre processos em curso, assim como as situações em que terceiros, cientes da existência de uma determinada ordem judicial, ajudam a parte a descumprida.

Já no Direito Francês se verificou a ampliação da abrangência das astreintes, por reforma legislativa, para que viessem a ser aplicadas também para fins instrutórios do processo (“astreintes internas ao processo”) e para medidas de caráter provisório (cautelar ou antecipatório), extrapolando a atividade de natureza executiva (TALAMINI, 2003, p. 55).

E, independentemente de qualquer influência do direito estrangeiro, a interpretação ora preconizada do art. 139, IV do CPC/15 é compatível com a preocupação ética do processo que foi resgatada pela CF/88. Na esteira da nova ordem constitucional, o CPC/15 positivou

⁸ Parte da doutrina se inclinava no sentido de reconhecer que a coerção também fazia parte da atividade executiva, tendo natureza de verdadeira execução, enquanto outra parte se posicionava no sentido de que executar é substituir a vontade do devedor pela do Estado e, portanto, afirmava que apenas os meios sub-rogatórios (e não os coercitivos) tinham real natureza de execução (TALAMINI, 2003, p. 172 para melhor exposição da controvérsia).

o princípio da cooperação, que exige que *todos aqueles que participam do processo* ajam segundo os ditames da boa-fé objetiva, e não só as partes.

Assim, mantemos o uso da expressão “execução indireta” neste artigo apenas porque nosso escopo atual é tratar da aplicação da técnica de coerção à atividade executiva (especialmente a voltada ao cumprimento das obrigações de pagar), e não porque a técnica esteja legalmente adstrita a este tipo de atividade.

Punição x Coerção

Como adiantado acima, a “execução indireta” é instituto deveras influenciado pelo direito estrangeiro, notadamente pelo *contempt of court* oriundo do *common law* inglês e norte-americano e pelas *astreintes* do direito francês.

O *contempt of court* é instrumento destinado a resguardar a autoridade da Corte, reconhecendo o desacato por parte daquele que descumpre a ordem judicial emanada contra si e sancionando através de três modalidades de sanções:

[...] punitivas, para os casos de *criminal contempt* a fim de reivindicar sua autoridade; coercitivas, para os casos de *civil contempt*, uma vez que estes objetivam impor o cumprimento de suas ordens; e medidas compensatórias, *compensatory relief*, no caso de danos imediatos sofridos pela parte. (LIMA Neto e BARBOSA, 2011, p. 07)

Neste sistema não há, ainda, prévia definição das medidas que podem ser tomadas pelo juiz, a quem é conferido o poder-dever de defini-las no caso concreto, consagrando a atipicidade.

Já as *astreintes* do direito francês são meio típico de constranger o devedor a cumprir a decisão judicial contra si proferida e têm a natureza de “pena privada, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor” e são, por definição, medida coercitiva, “cujo único objetivo é pressionar o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória” (GUERRA, 1999, p. 115 *usque* 117):

Embora o tratamento legislativo da matéria no CPC/2015 não evidencie a opção por um ou outro sistema, e sim a criação de um modelo próprio de “execução indireta” com características de ambos os institutos estrangeiros acima expostos em linhas breves, uma constatação é indiscutível: tal como no *civil contempt of court* e no Direito Francês, no modelo brasileiro de execução indireta consagrado no art. 139, IV do CPC/2015 o objetivo é o mesmo: a *coerção* de alguém ao cumprimento da ordem judicial emanada contra si.

Para a *punição* de descumprimento de decisões judiciais o CPC/2015 possui outras regras que, por certo, podem ser aplicadas cumulativamente às técnicas do art. 139, IV a depender dos contornos do caso concreto. Neste ponto, absorveu-se a influência do *contempt of court*, em que também se verifica a esta possível cumulação de medidas (LIMA NETO; BARBOSA, 2011, p. 05).

É característica do novo modelo brasileiro a *cumulatividade* das consequências punitivas e coercitivas do não atendimento da ordem judicial não porque o art. 139, IV possua esta

dupla finalidade, e sim porque ao lado de sua finalidade *coercitiva* existem outras regras no mesmo Código com finalidade punitiva. É deveras importante assentar, portanto, que a finalidade do art. 139, IV é precipuamente *coercitiva*.

A vinculação do art. 139, IV a esta finalidade [coercitiva] é extraível não só da interpretação histórica do instituto – que encerra as tentativas de generalizar o que antes estava adstrito às obrigações de fazer e não fazer, acolhendo a orientação da melhor doutrina que há muito criticava a diferenciação de tratamento – como de sua simples leitura, visto que o dispositivo enumera inúmeras “categorias” de medidas, sem se referir à categoria punitiva (fala-se em medidas *indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias*).

A incompreensão desta natureza [coercitiva] do instituto, como se demonstrará, acarreta graves restrições à liberdade do devedor sem que, em contrapartida, seja garantia a tutela efetiva, adequada e tempestiva ao credor, de forma que ao invés de concretizar direitos constitucionais processuais (do credor), a medida apenas ofende direitos constitucionais processuais (do devedor).

Os requisitos necessários para aplicação da técnica coercitiva

Como aponta Marcelo Guerra (1999, p. 37), a finalidade coercitiva das medidas “assinala um limite fundamental à sua aplicação. É que, não tendo nenhuma finalidade punitiva, tais medidas só podem ser aplicadas enquanto ainda é possível a realização da prestação devida pelo obrigado”. A mesma visão é compartilhada por Guilherme Rizzo Amaral (2008, p. 153) para quem, por exemplo, “a multa fixada contra devedor insolvente é inadequada, pois é incapaz de atingir o fim almejado”.

Na mesma esteira, salienta Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 355) que “as providências adotadas devem guardar relação de *utilidade*, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido”, sendo certo que a medida coercitiva é inútil se o devedor não tiver condições de cumprir a ordem judicial.

No mesmo sentido se posiciona Eduardo Talamini (2016, p. 24) para quem as medidas só se justificam quando vinculadas instrumentalmente à perspectiva de cumprimento.

Vale dizer, há um *marco temporal* envolvido na diferenciação da natureza de uma medida imposta ao réu em função do descumprimento de uma ordem judicial:⁹ se a medida lhe é imposta *antes* do descumprimento (ou da reiteração do descumprimento que se quer evitar) visando sua inibição, trata-se de medida coercitiva, submetida ao art. 139, IV que, portanto, pode ser definida no caso concreto pelo juiz.

⁹ Assim já entendia José Miguel Garcia Medina sob a égide do CPC/73, confrontando o antigo art. 14 (litigância de má-fé) e os artigos 461 e 461-A do CPC (sistema de medidas coercitivas atípicas): “a multa tratada no art. 14 do CPC tem caráter punitivo, e não coercitivo – tal como ocorre nos casos dos artigos 461 e 461-A do CPC. O juiz fixará a multa mencionada no art. 14 após o descumprimento da decisão judicial, enquanto no caso dos arts. 461 e 461-A a multa é fixada antes, para compelir a parte a cumprir a decisão. (MEDINA, 2005, p. 217).

Se, contudo, a medida é imposta *depois* do descumprimento com o propósito de punir o descumpridor da ordem, trata-se de medida punitiva que não tem amparo no referido art. 139, IV do CPC/15 e que, por consequência, não pode ser definida à luz do caso concreto pelo juiz. As medidas punitivas passíveis de ser aplicadas àquele que descumpra a ordem judicial com o fito punitivo estão previamente definidas na legislação, a quem se vincula o juiz.

Em suma, a coerção é atípica; a punição é típica.

A observância da finalidade da medida imposta – se coercitiva ou punitiva – serve, portanto, para que se verifique a legitimidade das decisões judiciais proferidas sobre a matéria e para que se resguardem os direitos fundamentais dos envolvidos, do que o processo não pode se dissociar.

Se, invocando o art. 139, IV do CPC se pretender impor uma medida constrictiva de liberdades ou outros direitos fundamentais não tipificada legalmente com a finalidade de *punir* o descumpridor de uma ordem judicial, ter-se-á verdadeira inconstitucionalidade, pois não haveria, como contraponto à restrição de direitos fundamentais do devedor, o escopo de garantir direito fundamental do credor (à concretização da decisão judicial proferida em seu favor no mundo dos fatos).

Fincada esta premissa, faz-se possível definir alguns requisitos necessários à aplicação do referido dispositivo: (a) observância de razoabilidade e adequação na definição da medida a ser imposta, que não deve sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante do que aquele que se visa proteger (TALAMINI, 2016, p. 22-23 e 26) e deve guardar relação com as circunstâncias do caso discutido; (b) observância de prévio contraditório, ainda que em prazo bastante reduzido, permitindo-se ao devedor opor-se às medidas que se pretende impor contra ele (TALAMINI, 2016, p. 30)¹⁰ e (c) possibilidade prática de cumprimento da medida, pois se trata de “mecanismo essencialmente pragmático” (TALAMINI, 2016, p. 24).

Desta forma, se no curso de uma execução de obrigação de fazer até então inadimplida pelo devedor vier a se tornar impossível o cumprimento da obrigação por não existir mais a possibilidade fática do fazer, injustificada seria a imposição de quaisquer medidas atípicas contra o devedor para o caso de persistir no descumprimento da ordem, pois não depende de sua vontade cumpri-la se o cumprimento for, de fato, impossível.

Mais delicada é a verificação da possibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor nas obrigações de pagar, e a análise de alguns casos selecionados dentro do mesmo Tribunal evidencia a falta de uniformidade na aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 a casos de notória similitude fática, afrontando o art. 926 do mesmo diploma que exige estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência dos Tribunais.

¹⁰ “O contraditório [...] constitui uma verdadeira garantia de não-surpresa, que ‘impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de toda as questões’”. (THEODORO Jr., 2009, p. 254) Esmiuçando a garantia do contraditório, o Código esclarece que este direito ao debate será sempre prévio à decisão, salvo nos casos excepcionais de tutelas de urgência e de emergência (CPC/2015, art. 9º). Acerca da necessidade de contraditório prévio para a imposição de medidas coercitivas, destaca Antônio do Passo Cabral (2010, p. 195): “O exercício do poder não pode ser arbitrário e sua legitimação decorre do procedimento participativo. Proíbe-se o arbítrio, somente sendo legítima uma decisão coercitiva caso haja participação daqueles que podem sofrer suas consequências”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

O Tribunal de Justiça de São Paulo fornece claro exemplo do perigo residente na aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 sem a observância de critérios objetivos vinculados à função coercitiva da nova norma de encerramento.

Perante o referido Tribunal foram decididos alguns casos em que exequentes, em execuções de pagar quantia certa, requereram a imposição aos executados das mesmas três medidas: suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH), apreensão do passaporte e bloqueio de cartões de crédito. Trata-se do *habeas corpus* nº. 2183713-85.2016.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Ramos e dos agravos de instrumento nº. 2063499-31.2017.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi e 2113286-29.2017.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques.

O fundamento invocado pelo exequente para requerer a imposição das medidas, em todos os três casos, é que a execução se arrastava há muitos anos sem que tenha sido possível a satisfação do crédito pela execução direta (ou seja, pela substituição da vontade do executado pela atuação do Estado). Em suma, realizadas buscas de bens, nada foi encontrado.

Nada mais foi alegado pelos exequentes. Não há discussão, nos arestos oriundos do Tribunal resolvendo os referidos casos, acerca do *motivo* pelo qual as execuções estavam insatisfeitas: (a) se por ardil ou má-fé do devedor que se furta de cumprir sua obrigação mesmo possuindo condições financeiras para tanto ou (b) se por falta de condições financeiras do devedor para pagar o que deve. Neste último caso, configura-se a impossibilidade fática, real, concreta de cumprimento da obrigação de pagar, de forma que nenhuma medida será capaz de constranger o devedor a cumpri-la, pois está fora de seu alcance.

A imposição de quaisquer das medidas restritivas de liberdade aos casos em questão, portanto, demonstra apenas cunho punitivo, e não coercitivo, pois não há coerção diante de impossibilidade real de cumprimento da obrigação.

E, mesmo assim, eis o resultado do julgamento nos casos destacados: (1) no julgamento do *habeas corpus* nº. 2183713-85.2016.8.26.0000 todas as medidas antes deferidas pelo juízo de piso foram afastadas; (2) no julgamento do agravo de instrumento nº. 2063499-31.2017.8.26.0000 todas as medidas foram deferidas, ressalvando-se apenas a possibilidade de uso do cartão na modalidade "débito" pelo executado e (3) no julgamento do agravo de instrumento nº. 2113286-29.2017.8.26.0000 foi mantida a decisão de piso apenas no tocante ao bloqueio dos cartões de crédito do executado, revogando-a quanto à suspensão da CNH e apreensão do passaporte.

Como se vê, foram obtidos três resultados diversos diante do requerimento das mesmas três medidas em ações de mesma natureza (execução de obrigações de pagar) diante do mesmo cenário fático (inadimplemento da obrigação por longo período, já tendo sido tentadas as medidas sub-rogatórias de execução sem sucesso).

E a razão desta divergência na interpretação e aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 se mostra clara diante da leitura dos referidos acórdãos: em nenhum momento se atentou

para o fato de que não foi alegada (muito menos comprovada) pelo exequente que o motivo para a insatisfação da obrigação era a conduta furtiva do devedor que, *mesmo possuindo meios de cumpri-la*, optava por não fazê-lo. É nestes casos em que as medidas coercitivas se mostrarão eficazes, pois só neles há possibilidade de cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor.

E é nestes casos em que o cerceamento de liberdades individuais do devedor poderá ser justificado através da necessidade de garantir o direito fundamental do credor à concretização da decisão judicial favorável a si. Para a mera punição do devedor inadimplente o Código optou por adotar um sistema típico de sanções, não se justificando a imposição de quaisquer medidas atípicas com este desiderato.

Não obstante, as medidas foram avaliadas e deferidas ou não pelo referido Tribunal diante da premissa de que as execuções não haviam sido satisfeitas através dos métodos sub-rogatórios de execução direta, como se bastasse o não pagamento (mesmo que por impossibilidade real por parte do devedor) para a imposição de medidas atípicas com base no art. 139, IV do CPC/2015.

Conclusão: a imprescindibilidade de se observar “sinais exteriores de riqueza” na imposição de técnicas coercitivas

Desta breve comparação de casos com bases fático-probatórias bastante semelhantes e conclusões acerca do art. 139, IV do CPC/2015 bastante diversas já se observa a necessidade de se debruçar sobre o tema para evitar que o novo dispositivo crie terreno fértil para “decisionismos” amparados unicamente na visão subjetiva de justiça de cada julgador.

É necessário que critérios objetivos sejam observados para a correta aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 e um deles, como estabelecido, é a possibilidade real e atual de cumprimento da obrigação pelo devedor quando lhe for imposta a medida atípica.

No caso das obrigações de pagar, o requerimento de tais medidas só será cabível quando o credor alegar e demonstrar que “o devedor não paga por que não quer”, ou seja, que o devedor possui recursos financeiros que lhe permitem cumprir a obrigação, embora não o faça. Este é o meio de o credor demonstrar a possibilidade real e atual de cumprimento da obrigação de pagar pelo devedor, o que é fato constitutivo de seu direito à imposição de medidas coercitivas contra este.

Este requisito deve ser obrigatoriamente exigido do credor, portanto para que o pedido de imposição de medidas atípicas ao devedor possa ser analisado, o que nos leva ao seguinte questionamento: como verificar se existe a possibilidade de cumprimento de uma obrigação de pagar até então inadimplida pelo devedor?

Não se nega a dificuldade de responder a esta pergunta, mas é certo que em outros momentos o aplicador do Direito já se deparou com o mesmo dilema, já existindo conhecidas soluções que podem – e devem – ser trazidas para esta seara para evitar a imposição

de prova diabólica ao credor e, de outro lado, o cerceamento injustificado de liberdades individuais do devedor.

Nas ações de alimentos era e é comum a dificuldade de comprovar que o alimentante tem possibilidade de arcar com o valor da necessidade do alimentando, muitas vezes em razão da obtenção de renda informal por parte daquele. Sendo a possibilidade do alimentante um fato constitutivo do direito do alimentando, recaía sobre este o ônus de comprová-la, o que nos casos de renda informal se transformava em verdadeira prova diabólica.

Diante disso, e sendo certa a possibilidade de flexibilizar a distribuição do ônus da prova,¹¹ a doutrina e a jurisprudência se desenvolveram no sentido de exigir do alimentando apenas a prova de "sinais exteriores de riqueza" do alimentante a fim de formular sua pretensão, cabendo ao alimentante, portanto, o ônus de infirmá-los e demonstrar que não possui a renda que lhe é atribuída pelo alimentando.

Acerca desta possibilidade nas ações de alimentos familiares, lecionam LIMA Neto e CASAGRANDE (2011, p. 128) que:

Excluídos os casos em que a pessoa obrigada é servidor público ou empregado regular, cujos rendimentos são facilmente comprováveis, há inúmeras situações em que o reclamado é profissional liberal ou autônomo, não sendo fácil verificar seus ingressos financeiros. Nessas hipóteses, o magistrado deverá se valer, inclusive, do que Zeno Veloso denomina de 'sinais exteriores de riqueza', assim considerados os gastos com cartão de crédito, o custeio de festas e recepções, a vida social intensa, as despesas com férias em locais sofisticados, as viagens internacionais etc.

O mesmo critério é adotado pelo art. 6º da Lei nº. 8.021/1990 para identificação de contribuintes para fins fiscais.¹²

A mesma ideia, segundo pensamos, deve nortear a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 nas execuções de pagar quantia, mormente quando o estágio atual de desenvolvimento da tecnologia e o uso constante de redes sociais permite aferir, com grande facilidade, sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a condição financeira alegada pela parte no processo.

Não se pode exigir do credor que produza prova cabal de que o devedor possui meios de cumprir com a obrigação que lhe foi imposta e, mesmo assim, despreza-a. De outro lado, também não se pode permitir que a mera alegação do credor de que o devedor "não paga porque não quer" seja suficiente para restringir direitos fundamentais do devedor.

Cabe exigir-lhe, portanto, que comprove sinais exteriores de riqueza do devedor a fim de pleitear a aplicação de medidas coercitivas com base no art. 139, IV do CPC/2015.

O mero descumprimento da decisão judicial não permite a aplicação de medidas atípicas com base no art. 139, IV do CPC/2015 porque, repita-se, este dispositivo não tem o objetivo de punir o devedor descumpridor. O dispositivo tem o objetivo de compelir o devedor *que*

¹¹ Atualmente, diante do §1º do art. 373 do CPC/2015 que consagra a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, não há dúvidas quanto à possibilidade aqui proposta.

¹² Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza. §1º. Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

tem meios de cumprir a obrigação que lhe é imposta e desdenha da ordem judicial a cumpri-la, mostrando-lhe ser mais vantajoso cumpri-la do que suportar as medidas que lhe poderão ser impostas a título de coerção caso insista em desprezá-la.

Desta forma, o devedor que não paga porque não tem meios de pagar não pode ser atingido por medida atípica lastreada no art. 139, IV do CPC/2015, que deve ser reservada ao devedor que, mesmo recursos suficientes para tanto, deixa de satisfazer o credor.

Como pontua Marcelo Guerra (1999, p. 60), “o principal indicativo da possível *eficácia* de uma medida coercitiva é a *situação concreta do devedor*, com base na qual se pode aferir a capacidade de determinada medida exercer uma pressão psicológica apta a, realmente, induzi-lo ao seu cumprimento”.

Assim, o mero não pagamento da dívida não pode ser entendido como causa apta a viabilizar a imposição de medidas atípicas de cerceamento de liberdades individuais do devedor, o que não vem sendo observado pela jurisprudência de acordo com os exemplos destacados acima.

A exigência de que o credor cumpra o ônus da prova em relação aos sinais exteriores de riqueza do devedor é requisito objetivo que, exigido para fins de aplicação do art. 139, IV do CPC/2015, garante que os direitos fundamentais do devedor só venham a ser restringidos quando for contrapartida necessária, razoável e adequada para garantir direitos fundamentais do credor, inibindo a restrição injustificada, porque punitiva.

O art. 139, IV do CPC não pode ser interpretado como uma “carta branca” ao exequente para requerer, sucessivamente, qualquer medida que lhe venha à mente para forma de tentar receber seu crédito, pois, em direito, como ressalva Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 24) “os fins não justificam os meios: o direito material não deve ser realizado à custa dos princípios e garantias fundamentais do cidadão [no caso, do executado]”.

A aplicação do dispositivo da forma ora proposta tem o condão de evitar decisões contraditórias e o indesejado subjetivismo na decisão dos casos concretos, contribuindo para que o art. 139, IV do CPC/2015 venha a ser uma ferramenta útil na busca pela efetividade do processo sem atropelar, no caminho, outros direitos fundamentais.

Referências

- ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e Execução da Sentença – sob a ótica do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2008.
- ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. In: Revista Jurídica, Porto Alegre - RS, v. 318, 2004, p. 07-23.
- CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (Princípio do). In: Dicionário de Princípios Jurídicos. TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio (Org.). São Paulo: Elsevier, 2011.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – Vol. I. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016
- GUERRA, Marcelo. Execução Indireta. São Paulo: RT, 1999.
- LIMA Neto, Francisco Vieira e BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. Anotações acerca do contempt of court no direito norte americano. In: Revista de Processo, vol. 192/2011, fev/2011, São Paulo: RT on line, p. 129-165.
- LIMA Neto, Francisco Vieira e CASAGRANDE, Layra Francini Rizzi. Alimentos no Direito de Família – Aspectos Materiais e Processuais. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Novas sobre a Tutela Mandamental e o art. 14, V, e parágrafo único do CPC. In: Execução Civil: Aspectos Polêmicos. Coord.: LOPES, João Batista e CUNHA, Leonardo Carneiro da. São Paulo: Dialética: 2005, p. 203-2017.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: RePro. São Paulo: RT, 2006, p. 08-31.
- SILVA, Narda Roberta da. Possibilidade de execução das astreintes antes do trânsito em julgado. In: Processo Civil: novas tendências – homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. COORD.: JAYME, Fernando Gonzaga et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, P. 667-681.
- TALAMINI, Eduardo. Medidas Coercitivas e Proporcionalidade: o caso Whatsap. In: Revista Brasileira da Advocacia – ano 1, vol. 0 (jan-mar). COORD.: YARSHALL, Flávio. São Paulo: RT, 2016, p. 17-43.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, artigos 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2ª Edição. São Paulo: RT, 2003.
- THEODORO Jr., Humberto. Desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: Constituição e Processo – A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Coord.: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-264.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Volume 2: execução. COORD.: WAMBIER, Luiz Rodrigues. 10ª Edição. São Paulo: RT, 2008.
- _____. Disponível em: <<http://www.seteco.com.br/devedores-podem-ter-passaporte-e-carteira-de-habilitacao-apreendidos-valor-economico/>>. Acesso em 15.10.2017.