

Coações Indiretas na Execução Pecuniária

Leonardo Greco

Professor titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

1 – ANTECEDENTES E ESTADO DA ARTE

Abandonados os meios de coerção pessoal do primitivo direito romano, o direito ocidental evoluiu na Antiguidade e na Idade Média no sentido da natureza essencialmente sub-rogatória da execução pecuniária.

É clássica a lição de Chiovenda¹ de que os meios sub-rogatórios, que visam conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente da participação e, portanto, da vontade do obrigado, são os naturalmente cabíveis para a satisfação dos créditos pecuniários.

Os meios de coação indireta que tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado ou de terceiros, como as multas, o arresto pessoal, os sequestros, somente poderiam admitir-se em virtude de uma norma expressa de lei, pois, em princípio, encontrariam óbice na liberdade individual e na propriedade privada, garantidas na Constituição.

Vou excluir desde logo da presente análise específica as medidas instrutórias ou probatórias, como a inspeção de locais, a quebra de sigilos bancário e fiscal, as medidas conservatórias de provas, a prestação de informações pelo executado e por terceiros e a questão da superação ou não do suposto privilégio à não autoincriminação, embora possa mencioná-las eventualmente.

Seguindo o mesmo entendimento, inclusive quanto à necessidade de previsão legal para as coações indiretas, José Alberto dos Reis² fazia duas interessantes observações para o objeto da nossa reflexão: a primeira, de que as últimas, as coações, constituem uma espécie intermediária entre a sanção executiva e a pena; a segunda, de que o Estado na execução deve primeiro

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, tradução de J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1965. P. 287-291.

² REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Vol. 1º. 3ª ed. Coimbra Editora. 1985. P. 24-35.

fazer uso dos meios sub-rogatórios, porque geralmente por meio deles consegue a eliminação do estado de fato contrário ao direito. Se o devedor tem bens acessíveis capazes de, transformados em dinheiro, satisfazer o credor, esta deve ser a via normal da execução.

Também Carnelutti³ assinalava que as medidas coercitivas contra o obrigado são um *tertium genus*, intermédio entre a execução e a pena. Têm a estrutura da pena, enquanto atingem um bem do obrigado diverso daquele que constitui objeto da obrigação violada; mas, ao contrário, têm em comum com a execução a função, enquanto agem com o fim de obter a efetiva satisfação do interesse de quem tem o direito à efetiva subordinação do interesse de quem tem a obrigação.

A origem das coações indiretas no direito moderno se encontra nos remédios da *equity* do direito inglês e posteriormente norte-americano, principalmente nas *injunctions*⁴.

Como informa Neil Andrews⁵, as cortes modelaram a *injunction* para induzir as partes recalcitrantes a satisfazerem seus deveres legais. Os poderes do *contempt of court* por quebra da *injunction* são severos: multa, prisão, apreensão de bens pessoais e sociais. Um dos seus objetivos é assegurar que a justiça substancial seja alcançada sem ser perturbada por cínicas táticas obstrutivas, como dissipação de bens, destruição de provas ou evasivas pessoais da jurisdição.

No direito norte-americano, Friedenthal, Kane e Miller lecionam que as coações indiretas se encontram no âmbito dos *provisional remedies*, ou seja, da tutela provisória, em que as regras federais em geral recorrem ao direito de cada Estado, mesmo nas causas perante cortes federais⁶. A medida mais comum é o *attachment* ou arresto, usado para prevenir o risco de eventual dissipação de bens pelo devedor.

No direito francês, Roger Perrot⁷ denominou a essas novas técnicas para aperfeiçoar a eficácia da execução pecuniária de *coerção por dissuasão*,

3 CARNELUTTI, Francesco. *Processo di Esecuzione*, Vol I. Padova: CEDAM. 1932. P. 7-8.

4 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel Diritto Italiano*. Milano: Giuffrè. 1974.

5 ANDREWS, Neil. Injunctions in support of civil proceedings and arbitration. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 319.

6 FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay. MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4ª ed. St. Paul: Thomson -West. 2005, P. 734. No mesmo sentido, MURRAY, Peter. Provisional measures in U.S. Civil Justice. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 229.

7 PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM. 1996. P. 658 e ss; PERROT, Roger. L'astreinte à la française. In *Melanges Jacques van Compernelle*. Bruxelles: ed. Bruylant. 2004. p. 487-499.

que incluem as *astreintes*, e refletiram na lei de 1991 que estabeleceu o princípio de que “o credor tem a livre escolha das medidas destinadas a assegurar a execução ou a conservação do próprio crédito”, o que lhe permite escolher na penhora o bem que lhe seja mais conveniente, mesmo que seja o mais prejudicial para o devedor, com a esperança de que o prejuízo da escolha incite o devedor a não retardar o pagamento do que deve. Em 1990 a Corte de Cassação passou a admitir as *astreintes* na execução de obrigações pecuniárias. Mais o devedor atrasa, mais a dívida aumenta⁸.

Na Espanha, no âmbito das medidas cautelares, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (art. 727-7) admite a ordem judicial de cessação provisória de atividade, de abstenção temporária de uma conduta, de proibição temporária de interrupção ou de cessação de uma prestação.

Também o princípio 8º dos Princípios do Processo Civil Transnacional, aprovados em 2004 pelo American Law Institute e pela UNIDROIT, a título de tutela provisória e conservativa, determina que o tribunal pode concedê-la para assegurar a eficácia da decisão, para proteger ou disciplinar a situação presente.

No âmbito do Conselho da Europa, que inclui os 47 países daquele Continente, a Recomendação n. 17, de 2003, do Comitê de Ministros, em matéria de execução das decisões judiciais, propõe que os procedimentos executivos prevejam medidas para dissuadir ou impedir os abusos de procedimento⁹.

Mas, ao contrário, há um grupo de países que resiste à expansão das coações indiretas na execução pecuniária. Assim, na Alemanha elas são geralmente inadmissíveis¹⁰.

No direito português, a única coação indireta é a chamada sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do Código Civil, que consiste no acréscimo de 5% aos juros devidos¹¹.

O código italiano, inclusive após a reforma de 2015 (art. 614 *bis*), insiste em não admitir meios de coação indireta na execução pecuniária¹². Segundo Enzo Vullo, o ordenamento italiano não tem um sistema adequado

8 COUCHEZ, Gerard. LEBEAU, Daniel. *Voies d'exécution*. 11ª ed. Paris: Sirey. 2013. P. 3-4.

9 CHARDON, Mathieu. How to implement common standards of enforcement law? In VAN RHEE, C.H. UZELAC, A. (eds.). *Enforcement and Enforceability – tradition and reform*. Antwerp: ed. Intersentia. 2010. P. 114.

10 BURNS, Alexander. Provisional measures in european civil procedure laws. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 189.

11 SILVA, João Calvão. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra editora. 1995. P. 452-458; FREITAS, José Lebre. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6ª ed. Coimbra editora. 2014. P. 23.

12 CARRATTA, Antonio. *Codice di procedura civile ragionato*. 5ª ed. Roma: Nel diritto editore. 2017. P.804-805.

de execução indireta, o que constitui um grave vazio normativo que vulnera a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos. Proto Pisani teria chegado a sugerir sanções criminais para garantir a atuação das decisões condenatórias. Há algumas poucas exceções na legislação do consumidor, de propriedade industrial e no Estatuto dos Trabalhadores, em geral muitas restritas ao descumprimento de obrigações de fazer¹³.

Na jurisdição administrativa, entretanto, lei de 2015 modificou o artigo 114 do Código de Processo Administrativo para estender a *astreinte*, estabelecida “em medida semelhante aos juros legais” no chamado *giudizio di ottemperanza*, ou seja, no cumprimento de decisão judicial que tenha por objeto o pagamento de importâncias em dinheiro¹⁴.

Em todos os ordenamentos que autorizam o emprego de meios executivos de coação indireta, seja em obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, seja em obrigações pecuniárias, surgiram preocupações com os limites que devam ter essas medidas na invasão às esferas de liberdade pessoal e patrimonial do executado.

Já Frignani, no célebre estudo de 1974 sobre a *injunction* inglesa e a inibitória italiana¹⁵, apontava que aquela não deveria ser concedida quando pudesse trazer resultados iníquos e injustos; que a *injunction* tem caráter de subsidiariedade, no sentido de que não é um meio de tutela apropriado quando houver na lei um remédio adequado e acessível; que não pode constranger o executado, nem ser excessivamente severa; que a decisão sobre a sua concessão pondere os interesses em jogo, considerando o *periculum in mora* inverso. A determinação concreta da medida é variável, devendo o juiz adotar a mais adequada ao caso concreto, resguardada a sua função tipicamente preventiva, não reparatória ou ressarcitória. Atualmente, no direito inglês, essas medidas devem ter instrumentalidade direta, salvo a indisponibilidade genérica dos bens móveis do executado, que podem ser preventivamente arrecadados pelo agente de execução (*sheriffs* ou *bailiffs*) por meio do *writ of control* (ex *writ of fieri facias*)¹⁶.

13 VULLO, Enzo. L'esecuzione indireta tra Italia, Francia e Unione Europea. In **Rivista di diritto processuale**. Ano LIX. Padova: CEDAM. 2004. P. 729-731.

14 VINCRE, Simonetta. Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015. In **Rivista di diritto processuale**. Ano LXXII. Padova: CEDAM. 2017. 381-382.

15 FRIGNANI, Aldo. Ob. cit. p. 38-39.

16 ANDREWS, Neil. The system of enforcement of Civil Judgements in England. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 15-17.

Desde 1975 existe a *Mareva injunction*, atualmente conhecida como *freezing injunction*¹⁷, cuja concessão exige não só a prova de que, sem ela, o requerente não obterá a satisfação do seu crédito, mas também de que o executado esteja garantido por contra-cautela ou de que o risco de que não venha a ser ressarcido seja suplantado claramente pelo risco da injustiça para o requerente se a ordem não for deferida¹⁸.

Também as *charging orders*, que bloqueiam negócios do devedor com terceiros, resultam de uma avaliação da situação do devedor, para evitar riscos maiores como a insolvência e para não prejudicar outros credores¹⁹.

No direito norte-americano, os autores já citados (Friedenthal, Kane e Miller e Peter Murray) lecionam que antes de utilizar medidas desse tipo, o juiz deve ouvir o executado, como consequência da garantia constitucional do devido processo legal.

Segundo a lei do Estado de Nova Iorque, o *attachment* somente é admitido em casos de presumível dissipação ou ocultação de bens pelo executado em benefício de vítima de crime ou de execução de sentença transitada em julgado. Na Califórnia, é restrito às transações comerciais e a corte deve recusá-lo se for opressivo ou puder causar ao executado um dano irreparável, sendo frequente a exigência de caução como contra-cautela para a sua concessão. A exigência de caução também se apresenta nas *Federal Rules of Civil Procedure* (Regra 65, c) em relação às chamadas *restraining orders*, se a sua aplicação for onerosa ou nociva ao executado.

Na França, Perrot leciona²⁰ que a técnica da *coerção por dissuasão* pode ser abusiva, violando a dignidade do devedor, o respeito da sua vida de negócios ou até a ordem pública, sendo difícil estabelecer *a priori* esses limites. O artigo 22 da lei de 1991 estabelece que o juiz da execução pode revogar as medidas inúteis ou abusivas e condenar o credor ao ressarcimento dos danos em caso de abuso da penhora, como, por exemplo, quando a efetua com a intenção de prejudicar o devedor ou com fim vexatório.

Também as cláusulas penais em contratos podem ser consideradas abusivas por atentado à ordem pública, como em certas relações de consu-

17 ANDREWS, Neil. Injunctions in support of civil proceedings and arbitration. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 319.

18 V. no mesmo sentido MARTIN, Jill E. **Modern equity**. 18ª ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters. 2009. P. 873.

19 ANDREWS, Neil e TURNER, Robert. The system of enforcement of civil judgements in England. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 130-131.

20 PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. In **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM. 1996. P. 658 e ss.

mo, ou por abuso de posição dominante. E conclui (p. 674): por trás de toda execução se delinea uma prova de força da qual o juiz deve poder permanecer como o árbitro supremo.

A Corte Europeia de Direitos Humanos que, desde o caso *Hornsby v. Grécia* (1997), reconhece a execução como componente essencial do direito de acesso à Justiça e da garantia da efetividade do processo, tem proclamado que o direito à execução não é absoluto, podendo sofrer limitações²¹. Assim, a limitação a direitos do executado não é compatível com o artigo 6º, § 1º, da Convenção Europeia se ela não persegue um objetivo legítimo e se ela não tem uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo a alcançar.

Também a Corte de Justiça da União Europeia tem proclamado em diversos julgados, desde 1992 (*Reichert v. Dresdner Bank*), que medidas conservativas provisórias devem ter uma conexão necessária com o procedimento e a substância do caso a que servem.

A preocupação com a proteção da propriedade ou do patrimônio do executado (objeto do Protocolo n. 1 à Convenção) tem sido usada para reconhecer limitações ou exceções à incidência da execução sobre bens do devedor ou de terceiros, para evitar execuções excessivas ou infundadas, provendo aos injustamente atingidos de livrar-se desses meios de coação.

Segundo Burkhard Hess²², professor em Heidelberg e hoje diretor do Instituto Max Planck de Luxemburgo, os modernos sistemas de execução transformaram os seus agentes em mediadores entre credores e devedores, não mais como simples cobradores de dívidas. Nessa perspectiva, a execução deve prevenir a exclusão social dos devedores e evitar a sua falência.

Na Finlândia, a execução deve proteger tanto os interesses dos credores quanto dos devedores. Estes não precisam de advogado, porque as autoridades da execução têm o dever de considerar os seus direitos *ex officio*, especialmente para que eles não sofram mais do que o necessário para que o julgamento seja executado de modo justo²³.

Alexander Burns, professor em Freiburg, tratando da tutela provisória na Europa, informa que, embora em alguns países, como a Inglaterra e a

21 TROCKER, Nicolò. The right of effective enforcement of civil judgements and orders. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 34-35.

22 HESS, Burkhard. Different Enforcement Structures. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 63.

23 ERVO, Laura. Enforcement in Finland – some special views. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 78-79.

França, o sistema jurídico admita *mandatory injunctions*, elas são de uso excepcional, encontrando muita resistência dos tribunais ou submetendo-se, onde existem, a pré-requisitos estritos²⁴.

Na Espanha, onde as coações indiretas são tratadas na tutela provisória, os artigos 746 e 747 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* criaram uma caução substitutória de qualquer medida cautelar, desde que seja ela suficiente, a juízo do tribunal, para assegurar o cumprimento da sentença. Para concedê-la o tribunal considerará, entre outras circunstâncias, “a aparência jurídica favorável que possa apresentar a posição do demandado” e levará em conta se a medida cautelar haveria de restringir ou dificultar a atividade patrimonial ou econômica do demandado de modo grave e desproporcionado em relação à garantia que a medida representaria para o solicitante.

Michele Taruffo²⁵, em obra comparativa sobre o abuso de direitos processuais, denuncia o mau uso de regras que aparentemente permitem certas medidas, mas cuja aplicação deveria ser antecedida do emprego de um mínimo cuidado razoável. E proclama que o poder discricionário do juiz conferido pela lei pode parecer estrito ou amplo, mas não pode significar arbítrio. A adoção de medidas judiciais discricionárias significa que elas não são ditadas exclusivamente pela lei. Diferentes critérios devem ser adotados: não só legal/ilegal, mas também justo/injusto (*fair/unfair*), boa-fé/má-fé, prejudicial/não prejudicial, correto/incorrecto, útil/inútil, fraudulento/honesto etc., considerando a natureza e a estrutura das normas processuais na percepção do modo como essas regras afetam o atual comportamento das pessoas envolvidas. A norma é agora percebida como uma diretriz (*guideline*) para concretas e mais ou menos discricionárias escolhas, mais do que como uma regra imperativa de aplicação automática. Uma norma é abusivamente aplicada não só quando é formalmente violada, mas também quando é utilizada com objetivos impróprios.

Segundo o Autor, outra perspectiva que se impõe na aplicação da lei, que é amplamente reconhecida pela doutrina (Hess, Hazard) é a de que muitos direitos processuais estão estritamente vinculados à eficácia de garantias constitucionais fundamentais, como o acesso à justiça, o direito de ação e a efetividade da tutela jurisdicional, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Mas essas garantias não legitimam medidas abusivas, inadequadas ou injustas e na execução os abusos são particularmente frequentes e relevantes.

24 BURNS, Alexander. Provisional measures in european civil procedure laws. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 189.

25 TARUFFO, Michele. General Report. In TARUFFO, Michele et alii. **Abuse of procedural rights, comparative standards of procedural fairness**. The Hague: Kluwer Law International. 1999. P. 8-18.

2 – A DOCTRINA BRASILEIRA ANTERIOR AO CÓDIGO DE 2015

Considero desnecessária a retrospectiva da evolução do direito positivo brasileiro a respeito do tema das coações indiretas, por todos conhecida, desde o Código de 1939 (arts. 999 e 1.005), passando pela redação original do Código de 1973, no seu artigo 287, que admitia *astreintes* nas execuções de prestações de fazer ou não fazer; pelo Código do Consumidor e pela expansão dessas medidas a outros tipos de providências, posteriormente estendidas às obrigações de entrega de coisa; até chegar ao Código de 2015 que, no seu artigo 139, inciso IV, deu mais um passo adiante para aplicá-las às ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Referindo-se aos dispositivos do Código de 1939 que tratavam da execução das obrigações de fazer e não fazer, Liebman, nas aulas sobre execução que ministrou em 1945 na Faculdade de Direito de São Paulo, justificava as medidas coativas, que então se limitavam à multa pecuniária, como o único meio “para procurar satisfazer o credor em forma específica”²⁶, já sinalizando para a subsidiariedade e excepcionalidade da sua aplicação.

Igualmente Barbosa Moreira²⁷, referindo-se em 1986 à tendência crescente de utilização das *astreintes*, acentuava que não havia razão para a sua utilização, se o credor pudesse obter por outro meio a satisfação específica do seu direito, e que deveria ser manejada com flexibilidade e com alguma discricção pelo juiz, na busca do equilíbrio entre a efetividade da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida razoável.

No estudo de 2004 em que examinei a evolução da tutela específica em relação às prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, saudando-a como uma exigência da efetividade da execução²⁸, acentuei que, apesar de tal mecanismo instituir técnicas que visam a assegurar a mais ampla satisfação do credor, a escolha, todavia, dos meios de coação não consegue ultrapassar certos limites naturais, como a destruição ou a perda da coisa na execução para entrega de coisa (CPC, art.627), a resistência inflexível do devedor ao cumprimento de prestações de fazer personalíssimas e a irreversibilidade fática da violação de obrigação de não fazer.

Outras vezes é o próprio ordenamento jurídico que impõe limites à plena efetivação da tutela específica, como o respeito à dignidade humana do devedor (Constituição, artigo 1º, inciso III).

26 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 1980. P. 32.

27 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva. 1989. P. 237-238.

28 GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. In *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 23. São Paulo: ed. Dialética. 2005. P. 70-84.

Esses limites evidenciam, de um lado, que não está ao alcance do Judiciário revogar as leis da natureza e, de outro, que há valores humanitários tão elevados ou mais elevados do que a integral satisfação do credor, que não deve ser um objetivo a ser perseguido a qualquer preço.

Se nem todas essas situações impedem a execução ou o cumprimento da sentença, em realidade elas condicionam ou restringem a utilização dos meios de que ela pode fazer uso, dificultando a obtenção do resultado pretendido pelo credor. Mesmo os meios sub-rogatórios não podem ofender direitos da personalidade e outros direitos indisponíveis.

No mesmo estudo, repudiei a utilização da ameaça de sanção criminal como meio de coação indireta, não só por falta à época de previsão legal, no sentido de falta de tipicidade específica, mas também porque, inexistindo relação de subordinação entre o credor e o devedor, não constitui desobediência deixar este último de submeter-se voluntariamente ao interesse daquele²⁹. O descumprimento da ordem judicial constituirá crime apenas nas hipóteses de expressa cominação legal específica, como, por exemplo, no crime de abandono material decorrente do inadimplemento de pensão alimentícia (Código Penal, art. 244) ou se o destinatário, sendo funcionário público, deixar dolosamente de atender a ordem por interesse ou sentimento pessoal, caso em que poderá incorrer nas penas do crime de prevaricação.

Quanto à utilização desses meios de coação em face do Estado e dos seus agentes, critiquei a timidez que frequentemente inibe os juízes de adotar e mandar cumprir determinados atos, decorrente de uma errônea compreensão do princípio constitucional da separação de poderes. Apontei também a pouca força intimidativa da imposição de multas pecuniárias ao Estado em razão do regime de precatórios, exceto nos juizados especiais, e aos seus agentes, em razão da sua definição como crédito público, com base no artigo 14 do Código de 1973, reproduzido no artigo 77 do Código de 2015.

Na 5ª edição da *Execução Civil*³⁰, em 1997, Cândido Dinamarco já ressaltava a importância da humanização da execução e que a busca da sua efetividade, correspondente à ideia instrumentalista, se manifestava mediante o repúdio a preconceitos tradicionais.

29 V. o meu *O Processo de Execução*, vol.2, p. 499 e ss.

30 Ob. cit. P. 309.

Na linha dessa diretriz³¹, Dinamarco apontava que, tradicionalmente, as medidas de coerção eram extraordinárias, mas “...as Reformas do Código de Processo Civil foram responsáveis pelo alargamento do emprego de medidas de pressão psicológica”, ... apresentando “um severíssimo apelo às medidas destinadas a induzir o obrigado a adimplir”. “Os meios de pressão psicológica são particularmente eficientes e capazes de proporcionar ao credor mais rapidamente a satisfação de seu direito, mediante a retirada da resistência do obrigado”³².

Aludindo à nova disposição constante da parte final do novo inciso V do artigo 14 do Código de 1973 (não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final), introduzida pela Lei n. 10.358/2001, o citado autor sustentou então que, em interpretação razoabilíssima, devesse ela ser aplicada às obrigações pecuniárias, sujeitando-se a todas as consequências daí decorrentes, no sentido de que o executado que resiste injustificadamente à execução fique sujeito à imposição cumulativa de uma multa em favor do exequente por ato atentatório à dignidade da justiça e de outra a ser recolhida aos cofres públicos³³.

Na *Nova Era do Processo Civil*³⁴ lecionava Dinamarco que a execução deve pautar-se por duas balizas fundamentais antagônicas, mas necessariamente harmoniosas, que são (a) a do respeito à integridade patrimonial do executado, sacrificando-o o mínimo possível, e (b) a do empenho a ser feito para a plena realização do direito do exequente... Ao juiz impõe-se, caso a caso, a busca da linha de equilíbrio entre essas duas balizas, para não frustrar o direito do credor nem sacrificar o patrimônio do devedor além do razoável e necessário. A execução perdeu o primitivo caráter punitivo de infâmia.

Na *Execução Civil*, referindo-se ao artigo 620 do Código de 1973, correspondente ao artigo 805 do Código de 2015, que estabelece o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor, Dinamarco afirma que “é em nome dos valores humanos e éticos alojados à base do sistema executivo que a lei busca o adequado equilíbrio entre os interesses das partes em conflito, para que a execução seja tão eficiente quanto possível, com o menor sacrifício possível ao patrimônio do devedor”³⁵.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 49-50 e 512.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 1995. P. 241.

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 293-298.

34 Ob. e loc. citis.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. P. 307-316.

Da generosa regra desse dispositivo – prossegue Dinamarco –, que tem muitas aplicações específicas no corpo da própria lei, é preciso extrair toda a riqueza de seu conteúdo a todo momento e com muita frequência na prática do processo executivo, sob pena de receber o executado um tratamento incompatível com o espírito de justiça que há de presidir toda a vida dos direitos e obrigações.

O processo, diz ele, não é mais uma técnica autossuficiente. Superada a fase autonomista da história do direito processual, a doutrina “soube abrir o sistema, em primeiro lugar aos influxos constitucionalistas e à teoria geral; e, com isso, vieram as preocupações de ordem social, a que se somam as de caráter eminentemente político”. “Não se trata de desprocessualizar a ordem jurídica...O que precisa é desmitificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema”, pois “...o processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes”.

Para a compreensão das novas exigências de convivência democrática que desaguam no processo, é necessária uma mudança de mentalidade, para que o juiz e o jurista andem de mãos dadas, “rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo”³⁶.

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como o canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que tais valores contêm no momento presente. “O juiz que não assuma esta postura perde esta noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça”³⁷.

Guilherme Rizzo Amaral³⁸, comentando a possibilidade de utilização de *astreintes* na execução de prestações pecuniárias, já defendida à época por alguma doutrina, aponta o conflito permanente entre efetividade e segurança. Às esferas valorativas de celeridade, economia processual, simplicidade, aproveitamento dos atos processuais e busca da tutela específica, se contrapõem a previsibilidade, a confiança legítima do cidadão, a estabilidade das situações jurídicas, a busca pela verdade e o respeito à lei.

36 Ob. cit. P. 317-320.

37 **A instrumentalidade do processo**. P. 347-348.

38 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. P. 121-127.

3 – A DOCTRINA BRASILEIRA APÓS O CÓDIGO DE 2015

Na 8ª edição do volume I das *Instituições*, já em 2016³⁹, Dinamarco observa que o Código de 2015 enveredou pela linha do processo de resultados, como corolário da eficiência e da efetividade, efetividade esta que determinou a extensão das pressões psicológicas às execuções pecuniárias⁴⁰.

Mas, ao avanço da efetividade, contrapõe-se o substrato ético e democrático que deve inspirar o processo judicial. Esse perfil democrático é assegurado pela cláusula genérica do devido processo legal, que tem uma função organizatória⁴¹, impondo a busca do equilíbrio entre as posições do credor e do devedor na execução.

Entretanto, as recentes reflexões da doutrina a respeito do inciso IV do artigo 139 do novo Código são fortemente influenciadas pela ideia de que a atipicidade dos meios executórios, mesmo na execução pecuniária, é uma consequência necessária do dever processual de efetivação.

Assim, Fernando Gajardoni preconiza que, diante do risco de violação desse dever, compete ao juiz proceder à advertência a que se refere o artigo 77, § 1º, seguindo-se, em caso de continuar a resistência, a aplicação das sanções criminais e civis ao litigante ímprobo, nestas incluídas a multa de até 20% do valor da causa (§ 2º) e a adoção das medidas previstas no artigo 139, inciso IV, entre as quais exemplifica: *astreintes*, bloqueio de bens móveis e imóveis, de direitos e de ativos financeiros, restrição de direitos e prolação de decisões substitutivas da declaração de vontade⁴².

Próximo desse entendimento, Elias Marques de Medeiros Neto⁴³ defende a atipicidade dos meios executivos com base nos princípios da eficiência e da efetividade, nos casos em que a lei não fez escolhas expressas quanto aos mecanismos de efetivação das decisões judiciais ou quando as escolhas existentes se mostrem, no caso concreto, insuficientes porque desconformes ao modelo constitucional do processo civil. Apesar dessa posição, sugere

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 198-199.

40 Ob. cit. P. 437.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 75.

42 GAJARDONI, Fernando. Comentário ao artigo ao artigo 139. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo - Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Forense. 2015. P. 458.

43 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil: a atipicidade dos meios executivos. In JATAHY, Carlos Roberto. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. AYOUB, Luís Roberto (coords.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2016. P. 115-129.

que na sua adoção o juiz aplique os princípios da cooperação, da proporcionalidade e da razoabilidade, invocando decisão do Supremo Tribunal de Justiça português de 2012, que proclamou que “os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação, fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho”. Esclarece também que, na adoção dessas medidas, as partes devem ser previamente alertadas e o juiz deve motivar a sua decisão.

Daniel Baggio Maciel⁴⁴ explica que o inciso IV do artigo 139 encerra uma cláusula geral que defere ao juiz o poder-dever para determinar medidas de apoio tendentes a assegurar o cumprimento de ordem judicial, independentemente do objeto da ação processual. Mas ressalva que as providências devem ser adequadas para assegurar o cumprimento do comando judicial, proporcionais à finalidade por ele perseguida, não exceder o estritamente necessário para a tutela do direito a ser efetivado e produzir o menor gravame possível ao sujeito que as experimentar.

Já Araken de Assis⁴⁵ manifesta preferência pela tipicidade dos meios executórios. A aplicação de meios indeterminados exige a ponderação de valores em jogo e a estruturação de postulados normativos, construção trabalhosa e artificial, pouco condizente com as reais condições de trabalho do juiz brasileiro. A tipicidade é simples reflexo do indisponível direito processual fundamental ao devido processo legal.

Alexandre Freitas Câmara⁴⁶ também considera que as medidas de coação indireta são subsidiárias e dependem da observância do princípio do contraditório. Não são uma punição ao devedor inadimplente, mas, apenas, mecanismos destinados a viabilizar a satisfação do credor. Considera inaceitáveis a apreensão de passaporte ou a suspensão da inscrição do devedor no CPF, que impediriam a pessoa de trabalhar ou de praticar atos corriqueiros da vida cotidiana.

Já Marcelo Abelha Rodrigues⁴⁷ assinala que o devido processo legal exige equilíbrio na execução. A ponderação e a razoabilidade são critérios insuperáveis na sua busca, o que está claro nas premissas principiológicas do novo Código. Proclama que o direito brasileiro adota hoje o princípio da atipicidade do meio executivo e sustenta que o artigo 139, inciso IV, per-

44 MACIEL, Daniel Baggio. Comentário ao artigo 139. In ALVIM, Angélica Arruda. ASSIS, Araken. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 214.

45 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**, 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. P.194-195.

46 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. P. 110.

47 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual da Execução Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 7-9, 39-44 e 61-62.

mite a cumulação de meios executivos. A escolha do juiz deve ser adequada à hipótese, devidamente fundamentada, e observar o artigo 805, ou seja, inclinar-se sempre pela via menos onerosa para o devedor.

Marcelo Abelha Rodrigues ressalva, por outro lado⁴⁸, que a atipicidade é tão somente dos meios necessários para cumprimento das ordens judiciais, e não das medidas sancionatórias ou punitivas pelos descumprimentos, embaraços e indignidades cometidas pelo executado cafajeste. O juiz não pode inventar uma medida punitiva atípica. Sanção depende sempre de previsão legal.

Descendo a algumas situações concretas, o autor sustenta que a apreensão de passaporte ou da Carteira Nacional de Habilitação, a vedação de utilização da TV a cabo e a proibição de frequentar estádios, são penalidades processuais que dependem de previsão legal. Para que essas medidas coercitivas sejam legítimas, é preciso que atuem como instrumento necessário, adequado, proporcional ou razoável para a obtenção de uma conduta que leve ao cumprimento da ordem judicial.

Já Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁹ defendem que na execução por quantia certa a atipicidade é subsidiária e que os critérios para a fixação da medida executiva atípica são a observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição do excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução, não sendo possíveis, em princípio, em atendimento a esses critérios, a retenção de carteira de motorista ou de passaporte ou o cancelamento de cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária. Também não consideram admissível o corte de energia elétrica de prédio público por falta de relação meio/fim. A medida há ser adequada para atingir o resultado buscado, deve causar a menor restrição possível ao executado e deve ponderar as vantagens e desvantagens para ambas as partes. A escolha deve ser fundamentada, observado o contraditório, ainda que diferido, ressalvada a existência de negócio processual válido em sentido diverso.

No processo de execução por quantia certa de título extrajudicial a multa seria medida atípica. Entretanto, no cumprimento de sentença, ela seria inaplicável pela proibição do excesso, eis que o artigo 523, § 1º já prevê multa pecuniária

48 RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In **Migalhas**. 5 de outubro de 2016.

49 DIDIER JR., Fredie et alii. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 5 – Execução. 7ª. ed. Salvador: Juspodivm. 2017. P. 106-125.

se o devedor intimado para pagamento não o efetuar no prazo de quinze dias. Cabem, no entanto, como meio coativo para impor o cumprimento de deveres processuais, a indicação dos bens, a exibição da prova da propriedade ou da certidão de ônus reais, pois o artigo 774, inciso V, comina a sua violação, nesses casos, como atos atentatórios à dignidade da justiça. Os autores também descartam a possibilidade de prisão civil como medida atípica.

Eduardo Talamini⁵⁰ observa que o progresso tecnológico e a globalização das relações sociais e econômicas conferem ainda maior relevância aos meios de coerção, que não podem ser vistos como um poder ilimitado. De plano, repudia qualquer medida que o ordenamento jurídico vede, como a prisão civil. Ressalta que a proporcionalidade e a razoabilidade, “nor-teiam toda a atuação estatal” e, em consequência, explica que as providências executórias devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário, tal como preconizado pelo artigo 805.

Eduardo Talamini observa que é da essência do instrumento coercitivo certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a coerção deve impor ao réu um sacrifício maior do que o cumprimento da obrigação, uma ameaça efetiva, apta a induzi-lo a esse cumprimento.

Entretanto, a coação indireta tem de guardar relação de instrumentalidade ou de adequação com a prestação devida, como já foi reconhecido pelo STF nos enunciados números 70, 323 e 547 da sua jurisprudência predominante⁵¹. O meio coativo não é simplesmente um castigo. Também não é admissível que a medida atinja injustamente a esfera jurídica de terceiros.

Qualquer coação indireta, ainda que prevista em lei, depende do respeito ao devido processo legal. O contraditório prévio somente pode ser afastado em caso de extrema urgência. Entretanto, se a medida atinge indiscriminadamente terceiros, nem mesmo o contraditório entre as partes bastaria para satisfazer o devido processo legal.

A invocação do interesse coletivo nem sempre pode sobrepor-se à liberdade individual, como por exemplo à liberdade de comunicação, direito fundamental de todos os usuários de um serviço.

50 TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio. CRUZ, Rogério Schiatti (coords.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm. 2016. P. 381-399.

51 Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

É preciso demonstrar que medidas menos gravosas seriam ineficientes, o que exige, a par da criatividade, maior responsabilidade por parte do juiz.

José Rogério Cruz e Tucci⁵² também leciona que a atividade executiva deve desenvolver-se à luz do devido processo legal, proporcionando ao obrigado, de forma incisiva, clara e expressa, as garantias da ampla defesa. Medidas atípicas restritivas de direitos, como a apreensão de passaporte ou de carteira de motorista e o cancelamento de cartões de crédito, podem ser adotadas, desde que esgotados os meios legalmente previstos, observado o contraditório, respeitadas a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade entre o meio imposto e o valor jurídico que se pretende proteger, a menor onerosidade e a consistente fundamentação.

4 – TENTATIVA DE EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁵³ observam, com precisão, que o devido processo legal exige que a atuação jurisdicional respeite os valores constitucionais processuais e substanciais, impondo “a configuração normativa e a realização prática de um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais”, repudiadas as soluções caprichosas e desarrazoadas, ainda que aparentemente amparadas em texto legal. Devem ser ponderados os valores constitucionais envolvidos, de modo a se adotar a solução mais consentânea possível com a ordem constitucional.

Os chamados novos direitos, conforme Michele Taruffo⁵⁴, tornam mais complexa a tutela executiva. As coações processuais não são mais suficientemente eficazes, diante dos artifícios que a vida comercial moderna propicia aos devedores para esquivarem-se do cumprimento de suas obrigações. A desumanização e o utilitarismo característicos da sociedade desenfreada e massificadamente consumista, estimulados pelo vertiginoso progresso tecnológico, fragilizaram valores morais e costumes sociais incorporados há milênios à civilização ocidental.

A execução precisa de fato fornecer instrumentos eficazes, adaptados à realidade das relações negociais da nossa época, para todas as situações jurídicas tuteláveis, sem descuidar do respeito à dignidade humana e ao direito

52 TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. In **Consultor Jurídico**. 27 de setembro de 2016.

53 WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. Vol. 1. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. P. 76.

54 TARUFFO, Michele, A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos. In **Revista de Processo**, ano 15, n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 72.

do devedor de que o pagamento da sua dívida não lhe cause prejuízo maior do que aquele que é estritamente necessário para satisfazer o credor.

O poder de coerção, típico da execução, abrange intervenções na esfera da vida privada das pessoas, que se desdobram nos poderes de apreensão, expropriação e administração. No exercício do poder de administração, o juiz ou o agente de execução substitui temporariamente o devedor no gerenciamento da sua vida privada, praticando atos ditados preponderantemente por critérios de conveniência e oportunidade e não de estrita legalidade.

O Código de 2015, no artigo 139, inciso IV, incluiu nos poderes do 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”. Ou seja, há atos executórios que o juiz pode determinar independentemente de previsão legal, de acordo com as exigências do caso concreto, desde que necessários⁵⁵, pertinentes, adequados e eficazes para cumprir a finalidade de efetivar a ordem judicial. Podem ser atos instrutórios ou atos de garantia, como a indisponibilidade dos bens do executado, com o bloqueio de ativos financeiros para identificar os seus bens e impedir a sua evasão. Quando prevista em lei, como na execução fiscal, a indisponibilidade é, ao mesmo tempo, um meio de pressão psicológica e um meio sub-rogatório para a identificação dos bens do executado. Ainda assim, se frustrada a sua função sub-rogatória pelo fracasso na localização dos bens, remanesce a sua função de meio de coação indireta, sujeita a todos os requisitos que as justificam, como a proporcionalidade. O prolongamento da sua eficácia pode arruinar o executado, excedendo de muito a expectativa de recebimento do crédito em favor do exequente.

Todavia, as coações indiretas não podem simplesmente criar castigos, desconfortos ou prejuízos para o destinatário, sem que o juiz verifique em concreto a sua absoluta necessidade, não existindo outro meio menos gravoso para o executado, bem como a indissociável relação de conexão instrumental com o cumprimento da prestação ou da ordem judicial. Algumas coações indiretas com aparente caráter punitivo de mero castigo, mas na verdade pressões psicológicas indutivas de condutas futuras, estão expressamente previstas na lei, como as *astreintes* na tutela específica de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, o protesto e a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, na execução pecuniária.

55 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In **Temas de Direito Processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva. 1989. P. 237-238. Idem. In Revista de Processo n. 41.

Mas é preciso não confundir as coações indiretas com as sanções à litigância de má-fé ou com os atos atentatórios à dignidade da justiça, de índole eminentemente punitiva. O caráter sancionador das medidas para induzir o cumprimento de deveres processuais exige tipicidade, sob a égide dos dispositivos que as contemplam, relativos à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça. As coações indiretas, ao contrário, são predispostas para que a intimidação sobre a vontade do devedor por elas gerada o motive a satisfazer a prestação, independentemente da adoção dos meios sub-rogatórios do respectivo procedimento legal. Podem ser atípicas, mas devem respeitar determinados pressupostos.

Conforme se observa da pesquisa que sustenta a nossa reflexão, as coações indiretas, especialmente na execução pecuniária, guardam estreita similitude com a tutela provisória de urgência cautelar e, muitas vezes, constituem essencialmente medidas cautelares, revestidas de todas as características destas, a saber a provisoriedade, a instrumentalidade, a revogabilidade, a fungibilidade e a cognição sumária, conforme apontei em outros trabalhos, ressalvada apenas a inércia, porque, quanto a esta, instaurada a execução, dispõe o juiz do poder de determinar de ofício as medidas executórias mais adequadas⁵⁶.

O emprego dessas medidas deve revestir-se de *excepcionalidade*, porque se o legislador institui um procedimento específico para alcançar por meios sub-rogatórios o cumprimento das decisões judiciais, esse procedimento deve ser prioritariamente observado, como imperativo da confiança legítima e da segurança jurídica, somente podendo ser substituído pela adoção de medidas de coação indireta, se impossível, ou excessivamente onerosa a satisfação da prestação pelos meios sub-rogatórios ordinários. Essa prioridade do meio legalmente previsto as torna subsidiárias, ou seja, sua aplicação depende da ineficácia do meio sub-rogatório legalmente previsto. É o que pode chamar-se de requisito da *necessidade* da medida de coação indireta, pois sem ela o exequente não receberá o seu crédito. Se pudesse recebê-lo pelo meio sub-rogatório legalmente previsto, não caberia a imposição da medida de coação indireta. Embora não tenham caráter punitivo, a resistência do executado em colaborar com a justiça na utilização dos meios sub-rogatórios pode servir de indício da necessidade das coações indiretas. Não se pode falar, portanto, especialmente na execução pecuniária, de modo

56 V. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P. 351-371. Idem. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 3ª ed. ampliada. Porto Alegre: 2017. P. 215-241.

irrestrito, em atipicidade dos meios executórios, mas em relativa atipicidade subsidiária e excepcional desses meios. O dever processual de efetivação, que encontraria suporte no artigo 77, não legitima o emprego de coações indiretas na execução pecuniária, quando o meio sub-rogatório legalmente previsto é apto a alcançar a satisfação do exequente.

Por outro lado, a adoção dessas medidas, em qualquer caso, deve revestir-se de proporcionalidade e razoabilidade, como igualmente exposto por Talamini⁵⁷. A *razoabilidade* diz respeito, de um lado, à sua adequação e presumível eficácia para propiciar o cumprimento da prestação pela conexão instrumental entre a medida adotada e a prestação que visa a implementar. De outro lado, a razoabilidade diz respeito também à observância dos limites naturais e jurídicos de qualquer execução, tais como o respeito à ordem pública — que não se confunde com o interesse público e que, a meu ver, apesar da sua inevitável indeterminação, abrange os princípios jurídicos, públicos e privados, políticos, morais e econômicos indispensáveis e informadores das instituições jurídicas e essencialmente coincidentes com os princípios gerais de direito —, ao respeito à dignidade humana e ao mínimo existencial do executado, aos seus direitos da personalidade, como a honra, o pudor, ao núcleo mais restrito da sua privacidade⁵⁸ ou de dispor sobre si mesmo, à sua liberdade de locomoção, de exercício de trabalho ou profissão ou de qualquer outra atividade lícita, dentro da sua esfera de liberdade pessoal, não podendo desvirtuar-se em simples castigos vexatórios ou criadores de constrangimento insuportável, já que há valores humanitários tão elevados ou mais elevados que a integral satisfação do credor, que não deve ser um objetivo a ser perseguido a qualquer preço.

Na execução pecuniária, parece-me evidente a impossibilidade material ou jurídica do emprego de coações indiretas, se o devedor não tem bens que possam responder pela dívida. É diferente, se existem indícios de ocultação de bens, em que temporariamente tais coações podem ser impostas, na expectativa de que induzam o devedor a revelar a sua existência e localização, devendo essas medidas, entretanto, ser revogadas se se revelarem totalmente ineficazes.

57 TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio. CRUZ, Rogério Schiatti (coords.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm. 2016. P. 382.

58 V. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P. 138-142

A razoabilidade exclui igualmente qualquer medida que seja expressamente proibida pelo legislador⁵⁹, como a prisão civil do executado, a apreensão ou a proibição de utilização de bem impenhorável.

A *proporcionalidade*, por seu lado, também exige equilíbrio entre o meio processual de coerção imposto ao executado e o valor jurídico que se pretende proteger em benefício do exequente⁶⁰, ou seja, o recebimento do crédito pelo exequente deve ter valor maior do que o interesse do devedor atingido pela coação. Talamini admite⁶¹, sem a minha adesão, certa desproporção entre o bem atingido pela coação e o valor da prestação, caso contrário o meio coercitivo seria ineficaz, mas não pode ser de tal monta que torne mais vantajosa para o exequente a fruição do resultado do meio coercitivo do que a da prestação legalmente devida. O meio de coação indireta não é um meio de satisfação do exequente, mas de pressão psicológica sobre a vontade do executado. Se dele resultar alguma fruição para o exequente, como no caso da multa, esta não substituirá a prestação devida, mas a ela se somará. O resultado legítimo da imposição do meio coercitivo é a prestação devida, não a fruição do próprio meio coercitivo, que pode ser inevitável, mas não é o objetivo da execução.

A proporcionalidade exige respeito à menor onerosidade para o executado do meio executório a que fique sujeito (art. 805), o que impõe, numa avaliação fundamentada embora discricionária pelo juiz, a sua comparação com outros meios disponíveis sob esse prisma.

A proporcionalidade exige a avaliação *in concreto* do impacto que a medida preconizada terá na esfera jurídica e fática do executado, tal como a avaliação do chamado *periculum in mora* inverso na apreciação da medida cautelar, devendo ser repelidas medidas coativas abusivas que gerem para o executado, sob qualquer ponto de vista, um prejuízo sensivelmente maior do que o que sofreria com o pagamento da dívida. O direito do exequente não autoriza o emprego de medidas abusivas, seja em desrespeito à razoabilidade, seja em desrespeito à proporcionalidade. O exequente que intencionalmente a elas der causa, deverá responder pelos danos que causarem ao executado. Como sustentei alhures, na contra-mão da doutrina dominante no Brasil, essa responsabilidade não é objetiva, dependendo da comprovação de dolo ou culpa⁶².

59 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm. 2017. P. 131.

60 TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. In **Consultor Jurídico**. 27 de setembro de 2016.

61 Ob. cit. P. 384.

62 GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Volume 2. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 48-57.

A proporcionalidade exige ainda que, ao conceder a coação indireta, o juiz considere a imposição ao exequente de caução ou outra medida de contra-cautela, tal como previsto nos artigos 300, § 1º, e 301 do Código de 2015, quando houver risco de dano irreparável ou indícios de excesso da medida, salvo se o risco de que o executado não venha a ser ressarcido seja acentuadamente menor do que o risco da não satisfação do exequente, caso a ordem não seja deferida pela ausência de contra-cautela.

Em qualquer caso, há sempre um risco objetivo de que o exame da proporcionalidade se transforme em investidura que o juiz se auto-outorgue de julgar por equidade, o que ameaça a segurança jurídica e igualmente todo o edifício frágil das fontes do direito⁶³. Por isso, coações indiretas, mesmo as legalmente previstas, devem ser excepcionais.

Também, como garantia democrática, a concessão dessas medidas deve submeter-se ao *devido processo legal*, como método de organização da busca do tratamento equilibrado e igualitário dos interesses das partes em conflito na execução, o que significa que, salvo insuperável urgência, devem ser antecedidas da intimação do executado para, em prazo razoável, cumprir a prestação devida ou indicar os meios sub-rogatórios adequados ao seu cumprimento, com a advertência de que a sua omissão poderá ter como consequência a aplicação de determinadas coações indiretas, sobre as quais deve ter, salvo comprovada urgência, concreta possibilidade de se pronunciar (art. 9ª), para que lhe seja oferecida a ampla oportunidade de questionar a verificação de todos os pressupostos acima indicados, em igualdade de condições com o adversário. Caso a urgência imponha a adoção da medida sem a audiência prévia, o contraditório deverá ser assegurado logo após a concessão, devendo o juiz, em face das razões expostas, reexaminar imediatamente a decisão concessiva.

A eventual incidência de coações indiretas sobre direitos ou interesses de terceiros deve impor igualmente a prévia audiência destes, desde que materialmente possível.

Dentro dos limites acima aqui expostos, em qualquer execução, mesmo a que tenha por objeto prestação pecuniária, pode o juiz adotar medidas de coação indireta. Algumas delas estão previstas na própria lei processual, como o protesto e a inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Outras, como as *astreintes*, legalmente previstas para as execuções

63 PUIG, Pascal. L'excès de proportionnalité. In *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Dalloz. Janeiro-março de 2016. P. 71.

de prestações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, mas não para as execuções pecuniárias, podem ser adotadas subsidiária e excepcionalmente, com fundamento no inciso IV do artigo 139. Por outro lado, não são legítimas medidas coercitivas, ainda que previstas em lei, que sejam determinadas pelo juiz de ofício ou após a audiência das partes, sem que este tenha verificado *in concreto* a ocorrência de todos os pressupostos acima expostos: necessidade, adequação, conexão instrumental específica, proporcionalidade, razoabilidade, subsidiariedade, excepcionalidade, devido processo legal, aferição e proteção do *periculum in mora* inverso.

Quanto ao protesto e à negativação, estes não atingem apenas o patrimônio, mas também a honra, a reputação e o crédito do devedor dos quais depende o exercício regular do direito ao trabalho ou ao desempenho de atividade lícita, componentes do mínimo existencial do executado. Somente devem ser impostos se houver rigorosa adequação como meio eficaz de induzir o devedor a cumprir a prestação, bem como dos demais requisitos aqui enumerados, sem prejuízo ao livre exercício do seu trabalho ou de atividade lícita. Ainda que promovidos extrajudicialmente, como previsto no artigo 517 do Código e em diversa legislação, essas medidas estão sujeitas ao controle judicial para verificação dos pressupostos acima expostos que as legitimariam, como a necessidade, a adequação, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Mas o inciso IV do artigo 139 não autoriza, especialmente nas execuções de prestações pecuniárias, qualquer tipo de medida de coação indireta sem a comprovada concorrência de todos os pressupostos acima enunciados, como em certos estudos e decisões judiciais tem sido cogitado: apreensão de carteira de motorista e de passaporte, suspensão de inscrição do executado no CPF do Ministério da Fazenda, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de participar de licitações, intervenção judicial na empresa, imposição de propaganda contra si mesmo. Tal se dá por falta da necessária instrumentalidade, ou porque as medidas violam a dignidade humana, os direitos da personalidade ou outros direitos fundamentais, ou ainda porque são incompatíveis com a livre iniciativa ou com a liberdade de exercício de trabalho ou profissão.

São coerentes com as premissas aqui fixadas os enunciados ns. 70, 323 e 547 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, assim como o n. 560 da Súmula do STJ, a saber:

70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

560: A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran.

A complexidade de que se reveste a concessão dessas coações indiretas impõe que, não obstante a sua atipicidade e relativa discricionariedade, a verificação de todos os seus pressupostos transpareça clara e especificamente da fundamentação da decisão que a conceder, consideradas as circunstâncias do caso concreto. O chamado dever de efetivação constitui um conceito indeterminado, cuja aplicação impõe ao juiz fundamentação concreta e consistente, de acordo com o artigo 489, § 1º, inciso II, do Código de 2015, evitando que o poder discricionário na sua aplicação e na escolha dos meios se transforme em arbitrariedade. A fundamentação não pode limitar-se ao exame dos aspectos jurídicos da questão, mas, como acima observado, deve avaliar o seu impacto econômico e social, assim como todo o substrato ético e democrático que deve inspirar o próprio processo judicial

Devem ser repudiadas como abusivas as práticas de certos tribunais de inclusão automática em cadastros de inadimplentes de todos os executados, sem qualquer verificação da ocorrência dos pressupostos que a justifiquem.

Não vejo óbice, entretanto, à cumulação de coações indiretas, respeitada eventual escolha do próprio legislador quanto ao meio coativo incidente (p. ex., a multa de 10% do valor da dívida na omissão de pagamento no prazo de 15 dias da intimação), observada a proibição do excesso, essencial à proporcionalidade. Certos Didier Jr. *et alii* no sentido de que no cumprimento de sentença desse tipo de prestações não cabe qualquer outra *astreinte*, além da legalmente prevista, aqui mencionada, em respeito à proibição do excesso⁶⁴.

Quanto à imposição de coações indiretas na execução pecuniária contra a Fazenda Pública, não vejo razão para descartá-la, observados igualmen-

64 DIDIER JR., Fredie et alii. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 5 – Execução. 7ª. ed. Salvador: Juspodivm. 2017. P. 106-125.

te os pressupostos acima expostos. Como acentuado por Talamini, não pode haver interesse público que se oponha ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do direito do adversário, que inclui a eficácia da atividade executória⁶⁵. A multa moratória do artigo 523, § 1º, está excluída pelo disposto no artigo 534, § 2º. *Prima facie*, entretanto, não é de excluir-se a aplicação de multa ou de qualquer outra medida de caráter coativo, com fundamento no artigo 139, inciso IV. Há de ponderar-se, entretanto, que as multas são em geral ineficazes, porque o seu cumprimento dependerá em geral de precatório. Na presidência do tribunal, o sequestro é a medida constitucionalmente prevista (art. 100, § 6º, com a redação da Emenda Constitucional n. 62/2009) que, na verdade, ultrapassa o limite de uma providência de mera coação indireta para ser sub-rogatória e satisfativa. Restaria a possibilidade de multa coativa nas execuções pecuniárias não sujeitas a precatório.

São de excluir-se também coações indiretas que inibam a regular continuidade de serviços públicos e atividades do Estado, como o corte de energia elétrica. Quanto aos serviços públicos, a sua descontinuidade prejudica indiscriminadamente toda a coletividade dos usuários, inteiramente alheios à relação jurídica entre credor e devedor. E quanto às demais atividades do Estado, embora anacrônica a invocação de uma absoluta supremacia do interesse público sobre o direito individual do credor, parece-me completamente desproporcional, como meio de coação em execução pecuniária, a suspensão ou qualquer outra inibição ao regular funcionamento de qualquer órgão público.

Também não me parece correta a opinião de Edilton Meireles⁶⁶, no sentido de que a multa e outros meios de coação indireta podem ser impostos ao agente público responsável pelo cumprimento do precatório ou da requisição de pequeno valor, pois este está sujeito a sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, na forma e limites estabelecidos no *caput* e parágrafos do artigo 77. Não se trata de meio de coação indireta em benefício da efetivação do direito do credor. Como sanções pela prática de ato ilícito, dependem de previsão legal. Restrições de direitos do agente público, sem previsão legal, não são aplicáveis.

Humberto Theodoro Júnior entende⁶⁷ que se a decisão a ser cumprida tiver caráter mandamental, no sentido de que, além de impor uma

65 CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública*. Curitiba: ed. Juruá. 2014. P. 37-138.

66 MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015, In *Revista de Processo*. Ano 40, n. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. P. 236-242.

67 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P.421.

determinada prestação, sujeite o destinatário da ordem a uma determinada conduta, incorrerá o agente público, em caso de descumprimento, em crime de desobediência ou resistência (Código Penal, artigos 329 e 330). Reafirmo aqui a opinião que já manifestara na vigência do Código anterior, segundo a qual não só por falta de tipicidade específica, mas também porque, inexistindo relação de subordinação entre o credor e o devedor, ainda que este seja o Estado, não constitui desobediência deixar este último de submeter-se voluntariamente ao interesse daquele⁶⁸. O descumprimento da ordem judicial constituirá crime apenas nas hipóteses de expressa cominação legal específica, como, por exemplo, no crime de abandono material decorrente do inadimplemento de pensão alimentícia (Código Penal, art. 244) ou se o destinatário, sendo funcionário público, deixar dolosamente de atender a ordem por interesse ou sentimento pessoal, caso em que poderá incorrer nas penas do crime de prevaricação.

Questão espinhosa é a que diz respeito à possibilidade de dispensa de alguns dos pressupostos aqui examinados ou de determinados meios de coação indireta por convenções processuais ou por ato unilateral do exequente. Quanto a esta, admite-a o artigo 775 do NCPC, cabendo ao juiz indeferir-las apenas se a dispensa prejudicar o direito material indisponível do exequente ou a sua efetiva tutela. Quanto à dispensa por ato convencional das partes, já tive oportunidade de examinar esta questão em outro estudo, cuja última versão se encontra difundida no sítio *academia.edu*⁶⁹. Ali observei que o juiz deve exercer o controle da legalidade de qualquer convenção processual para verificar, entre outros requisitos: se a sua celebração se deu por partes plenamente capazes e conscientes de suas possíveis consequências; se foram respeitados o equilíbrio entre as partes e a paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e se foi preservada a observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual. Se a convenção interferir no exercício de prerrogativas do juiz, como as de direção e impulso do processo e de escolha dos meios executórios, a escolha convencional do meio de coação indireta deverá ser repudiada, não só se inviabilizar a tutela executória, mas, ainda, se não houver motivo razoável que justifique a sua aceitação convencional por qualquer

68 GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Volume 2. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 499 e ss.

69 GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Disponível em <https://www.academia.edu/>.

das partes ou se houver prova de que aquela prejudica interesse de terceiro ou caracteriza fraude à lei.

Tudo isso mostra como é importante a lição de Dinamarco, corroborada por Burkhard Hess, no sentido de que o juiz da execução deva deixar de ser um mero cobrador de dívidas para tornar-se um mediador, colocando-se como “o canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que (os) contém no momento presente. O juiz que não assuma esta postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça”⁷⁰.

Concluo, assinalando, como já tenho feito em outras ocasiões, que a mensagem mais vigorosa que o novo Código transmite, especialmente aos juízes, é que, para a sua maior eficácia, a função jurisdicional não pode mais ser exercida burocraticamente. O dever de cooperação, a boa-fé, a audiência prévia das partes sobre quaisquer questões, a fundamentação consistente de todos os pronunciamentos judiciais, entre outras diretrizes, constroem o perfil de juízes democráticos, transparentes, tolerantes e ao mesmo tempo corajosos, solidários, minimamente formalistas, humildes como costumam ser os sábios, sempre dispostos a aprender com o diálogo enriquecedor da convivência humana e conscientes da sua responsabilidade social.

Para isso é preciso romper rotinas viciadas e melhorar o desempenho qualitativo não só dos juízes, mas também dos advogados, dos quais aqueles dependem.

O artigo 139, inciso IV, do novo Código se insere numa concepção contemporânea de gestão cooperativa do processo e de democracia deliberativa nas relações Estado-cidadão, cujo sucesso pressupõe fundamentalmente o esforço dos principais protagonistas do processo e do apoio da doutrina, que deve lançar luzes para que aqueles possam desempenhar adequadamente as suas funções. ❖

70 A instrumentalidade do processo. P. 347-348.