# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

**CRISTIANO BECKER ISAIA**

**MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO**

**GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Márcia Haydée Porto De Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-354-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

---

## Apresentação

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, em virtude mesmo da complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, por ocasião do XXV Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Curitiba/PR, de 07 a 10 de dezembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi coordenado pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pela Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS) e pela Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA). Um total de 23 (vinte e três) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em cinco grupos.

No primeiro conjunto temático, o foco centrou-se principalmente no universo do Direito Processual Constitucional e dos Princípios Jurídicos, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como os limites às mutações constitucionais, colaboração processual, segurança jurídica no âmbito processual, razoável duração do processo e filosofia no processo, com ênfase na crítica hermenêutica. No segundo grupamento, destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Processo colaborativo e Democrático, vindo à tona principalmente questões relacionadas à nova cultura da cooperação processual, democracia participativa, sistemas e processo, amicus curiae, dentre outros. Na terceira série, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos às Teorias decisórias e o próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, quando se discutiram temas igualmente de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, precedentes judiciais, democratização do processo e judicialização da política. A quarta reunião de temas debateu o Procedimento processual civil, momento em que, numa perspectiva mais técnica, enfatizaram-se temas relacionados à participação da criança e do adolescente no ambiente processual, bem como alguns aspectos interessantes no processo de execução e no incidente de resolução de demandas repetitivas. Finalmente, o quinto e último grupo proporcionou o debate frente à relação entre Processo e direitos transindividuais, com ênfase principalmente na tutela coletiva processual.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho – Universidade Federal do Maranhão

# O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO ART. 139, IV, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

# THE GENERAL POWER OF EFECTIVENESS IN PAYING AMOUNT EXECUTION RIGHT: A CRITICAL ANALYSIS ABOUT ART. 139, IV, NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

**Lucélia de Sena Alves**
**Tiago Augusto Leite Retes**

**Resumo**

O poder geral de efetivação das decisões judiciais, instituído pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil, consagra a atipicidade das medidas executivas. A amplitude de possibilidades de aplicação desta norma implica o estabelecimento de limites à atuação jurisdicional, a fim de se garantir a eficácia e a proporcionalidade de sua tutela. O objetivo do presente artigo é analisar, de forma crítica e empírica, tal artigo, com o intuito de apontar critérios a serem considerados pelos magistrados para a sua adequada aplicação, à luz da Teoria Geral do Processo Constitucional e da doutrina de Robert Alexy.

**Palavras-chave:** Poder geral de efetivação, Obrigação de pagar quantia certa, Atipicidade de medidas executivas, Proporcionalidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The general power of affectiveness, of the art. 139, IV, of the Civil Procedure Code, establishes the atypical nature of executive measures. The range of application possibilities of this standard involves establishing limits to judicial action in order to ensure the effectiveness and proportionality of his tutelage. The purpose of this article is to analyze critically and empirically, that article, in order to point out criteria to be considered by the judges for its proper implementation, in light of the General Theory of Constitutional Process and the doctrine of Robert Alexy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** The general power of effectiveness, Pay obligation amount right, Atypicity of executive measures, Proportionality

## INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil concebeu novas diretrizes ao processo democrático, no sentido de harmonizar suas normas com os ditames do modelo constitucional de processo.

As novas normas fundamentais do processo civil, instituídas pelo Código de 2015, preocupam-se, primordialmente, com a efetividade da tutela jurisdicional.

Em consonância com essa nova sistemática, o legislador autorizou que o juiz determinasse 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. A doutrina vem chamando tal poder-dever de *poder geral de efetivação das decisões judiciais*.

O poder geral de efetivação adveio do *poder geral de cautela*, do Código de 1973 (art. 461,§ 5º), que dispunha que o juiz, de ofício ou a requerimento, poderá 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, para a obtenção da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente.

Entretanto, o aprimoramento do instituto, pelo legislador de 2015, trouxe uma maior amplitude de aplicação desse poder, uma vez que, no Novo Código, tais medidas podem ser aplicadas às prestações pecuniárias também, o que era vedado pela legislação antecedente.

É necessário, assim, que se discuta a possibilidade de estabelecer critérios objetivos para a adoção dessas medidas, no sentido de assegurar a sua constitucionalidade e efetividade. Não há, na nova legislação, critérios específicos que auxiliem o magistrado quando da escolha dessas medidas, que, caso sejam adotadas sem parâmetros, podem acarretar graves consequências jurídicas a uma infinidade de pessoas estranhas à relação processual.

Em recente episódio, como o da decisão dos autos nº 4001386-13.2013.8.26.0011, do juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, em que foi determinada a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do executado no processo, bem como apreendeu o passaporte e cancelou os cartões de crédito do mesmo devedor, a doutrina criticou a decisão, sob a alegação de que tal medida não teria sido proporcional.(NUNES; STRECK, 2016) Discute-se, ainda, se as medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas seriam aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas.

O objetivo do presente artigo é, portanto, analisar, de forma crítica e empírica, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil e seus institutos afins, com o objetivo de apontar

critérios a serem considerados pelos magistrados para a adequada aplicação desse dispositivo legal, à luz da Teoria Geral do Processo Constitucional e da doutrina de Robert Alexy (2008).

A pesquisa será empírica e o raciocínio será o hipotético-dedutivo. Os tipos de investigação serão o jurídico-exploratório, o jurídico-prospectivo e o jurídico-propositivo.

Serão realizadas análises pertencentes a diversos campos do saber humano, tais como Filosofia do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

## 1) DA PROPORCIONALIDADE DAS MEDIDAS E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Originário da doutrina e jurisprudência alemã e suíça, inicialmente aplicado no Direito Administrativo, mais precisamente no Direito de Polícia, o princípio da proporcionalidade passou a ter aplicação constitucional (GOMES CANOTILHO, 2000, p. 266-7).

Os primeiros casos de aplicação do princípio foram o "Lüth-Urteil" e o "Apotheken-Urteil", ambos de 1958 (BONAVIDES, 1997, p.371). No primeiro caso, o Judiciário alemão teve que resolver a colisão entre o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do pensamento, decorrente da pretensão de proibição de manifestações públicas de pessoas que incentivavam o boicote a um filme de conteúdo antissemita (ARENHART, 2013, p. 21). No segundo, coube ao Estado (Legislativo) justificar a restrição ao exercício do direito de profissão, advindo da imposição de prévia autorização estatal para a abertura de novas farmácias, sob o argumento de evitar prejuízos às já existentes (ARENHART, 2013, p. 21). Em 16 de março de 1971, entretanto, a Corte alemã firma o entendimento de forma mais clara sobre o princípio da proporcionalidade, pela primeira vez, num caso sobre o armazenamento de petróleo.

> O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental (BONADIVES, 1997, p. 372).

A aplicação do princípio da proporcionalidade foi se estendendo a outros campos do Direito. Atualmente, conforme lições de José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 270), a

compreensão do princípio deve ser no sentido de vinculação do legislador, da administração e do julgador.

Apesar de a maioria da doutrina tratar a proporcionalidade como princípio, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 168), apoiando-se na teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, sustenta tratar-se de regra, cuja aplicação seria *tudo ou nada*.

A teoria dos direitos fundamentais, desenvolvida por Robert Alexy (2008), sustenta que as normas que dizem o que deve ou não ser constituem o gênero ao qual pertencem as regras e os princípios. As regras são caracterizadas pelo baixo grau de generalidade e pela máxima do *tudo ou nada*, que dita que ou ela é aplicável ou não no caso concreto (ALEXY, 2008, p.87). Um exemplo de regra seria o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, que estabelece: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". De acordo com essa regra, toda prisão ou restrição a fruição de bens sem o devido processo legal é ilegal e não há outra interpretação para essa regra. Os princípios, em contrapartida, possuem um grau de generalidade alto e caracterizam-se pela impossibilidade de aplicação da máxima do tudo ou nada, pois são considerados mandamentos de otimização que não dependem somente das possibilidades fáticas do caso concreto, mas, principalmente, de suas possibilidades jurídicas para a sua aplicação, que são determinadas pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p.90). Isso quer dizer que os princípios serão aplicados, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto (ALEXY, 2008, p.104-5). Um exemplo de princípio é o da liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV, da Constituição, que estabelece "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato." De acordo com esse princípio, toda pessoa é livre para manifestar-se, desde que não seja de forma anônima. Entretanto, a realização desse princípio encontra limites nas situações fáticas e jurídicas do caso concreto, como, por exemplo, se a livre manifestação colidir com o direito de privacidade e a honra das pessoas, este poderá sofrer restrições, inclusive total. Para resumir, a aplicabilidade de uma regra será, predominantemente, definitiva, e a do princípio, *prima facie*.

Virgílio Afonso da Silva (2009, p.168) considera a máxima da proporcionalidade como regra, uma vez que não estaria sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, aplicando-se, portanto, no todo.

A máxima da proporcionalidade, segundo Alexy (2008, p.116), se subdivide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade dizem respeito a características fáticas e a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às características jurídicas.

Para explicar a submáxima da adequação, Alexy (2008, p.599-9) cita o caso BVerfGE 19 em que o direito de liberdade profissional colidia com o da proteção ao consumidor. Nesse caso, um comerciante que havia instalado uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento questionava a exigência legal de *expertise* para tal ato. A lei dispunha que, para a proteção do consumidor, o comerciante de cigarros deveria comprovar o seu conhecimento técnico-comercial, a fim de evitar prejuízos econômicos e à saúde do consumidor. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que a exigência legal de conhecimento técnico para a exploração comercial de qualquer mercadoria em máquinas automáticas não era adequada para proteger o consumidor e que, por isso, violaria o direito de liberdade profissional.

Sobre a submáxima da necessidade, o autor alemão cita o caso BVerfGE 53 (ALEXY, 2008, p.590). Nesse caso, a liberdade profissional colidia novamente com a proteção ao consumidor. Uma portaria proveniente do Ministério para a Juventude, Família e Saúde proibia a comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, não fossem feitos de produtos genuinamente de chocolate. Tal exigência, segundo a ideia da lei, protegeria o consumidor contra eventuais práticas enganosas. A corte alemã decidiu que, apesar de a exigência legal ser adequada para a proteção do consumidor, ela não era necessária, uma vez que existiriam meios menos invasivos para promovê-la, como a obrigatoriedade de informação do rótulo do produto.

Alexy (2008, p. 594) assevera que a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito se verifica através do sopesamento de princípios colidentes. Esse sopesamento teria três passos: 1º) avaliação do grau de não satisfação de um dos princípios; 2º) avaliação da importância da satisfação do princípio colidente; e 3º) avaliação se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio. A exigência de inserção de avisos nos rótulos de produtos tabagistas demonstra-se proporcional, no caso BVerfGE 95, pois suas razões são fortes. Quanto ao primeiro passo, verifica-se que, tanto o direito de liberdade comercial quanto o da proteção à segurança do consumidor, são satisfeitos. A importância da proteção da segurança do consumidor justifica a afetação à liberdade comercial.

O art. 8º do Código de 2015 dispõe, expressamente, pela aplicação da proporcionalidade pelo juiz, para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

A ideia que se quer defender no presente artigo é que, diante das diversas possibilidades de aplicação do art. 139, IV do Código de Processo Civil, o magistrado deve verificar se esta é proporcional, segundo a submáxima da adequação e da necessidade.

Caso a medida aplicada na tentativa de efetivar as decisões judiciais não seja adequada e necessária, serão, portanto, desproporcionais e contrariarão a ordem jurídica.

## 2) O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O princípio da adequação deriva do *due process of law*, encontrando-se em dois principais momentos no Direito Processual: a) no legislativo, como orientador da confecção das leis; e b) no jurisdicional, autorizando ao juiz, diante do caso concreto, adaptar o procedimento às suas peculiaridades (GOZZOLI; CIANCI; CALMON, p. 247).

Isso quer dizer que, no momento legislativo, o devido processo deve ser observado pelo legislador para a confecção das normas de direito processual que irão servir de instrumento efetivo de concretização do direito substancial a ser tutelado, atendendo a todas as suas finalidades, sob pena de falência do próprio direito. No momento jurisdicional, da mesma forma, a via processual escolhida pelo autor também deve estar sujeita a este princípio, para que não sofra as mesmas consequências da sua inobservância.

Na legislação processual portuguesa, o princípio da adequação está previsto expressamente no art. 547, que dispõe: "O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo". O art. 2º, que dispõe sobre a garantia de acesso aos tribunais ressalva a adequação como condição de acesso, dispondo: "A todo direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercitivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação."

A legislação brasileira prevê o princípio da adequação expressamente, consoante o modelo português: a) possibilidade de redistribuição do ônus da prova do art. 373, §1º, do Código de Processo Civil; b) concessão de tutelas provisórias, art. 297, do Código de Processo Civil; c) nos processos de jurisdição voluntária, do art. 723, parágrafo único. Além disso, Fredie Didier e Hermes Zaneti entendem que tal princípio não precisa ser previsto expressamente pelas regras, para ter aplicação, uma vez que este é corolário do devido processo legal adequado (GOZZOLI; CIANCI; CALMON, p. 252).

O juiz deve zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional através da aplicação da técnica processual adequada, para que se possa evitar uma tutela não efetiva, imprestável ou tardia.

## 3) AS MEDIDAS TÍPICAS E ATÍPICAS APLICÁVEIS AO DEVEDOR DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

O legislador de 2015 previu algumas medidas coercitivas típicas para incentivar que o devedor cumpra voluntariamente com a sua obrigação de pagar. São elas: a) a multa de 10% prevista no art. 523, § 1º (cumprimento de sentença); b) o benefício da redução pela metade do valor dos honorários advocatícios, do art. 827, §1º; c) a possibilidade de protesto da decisão transitada em julgado, do art. 517 (cumprimento de sentença); e d) a possibilidade de inserir o nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, do art. 782, §3º (execução autônoma).

Já as medidas atípicas foram inseridas pelo artigo 139, IV, no Código de Processo Civil. Tal regra foi amplamente comemorada pelos magistrados, uma vez que as *astreintes* como meio coercitivo, nas obrigações de fazer e não fazer, bem como as de entrega de coisa, já eram consideradas ineficazes.

Muitos devedores concluíam que o inadimplemento, muitas vezes, compensava, diante da possibilidade de limitação do valor da multa diária pelo descumprimento em grau de recurso.

Não há qualquer previsão legal que proíba a aplicação do art. 139, IV, para as execuções de pagar quantia certa.

O enunciado número 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece, inclusive, que "a aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em **qualquer** obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial (grifo nosso)." Continua, entretanto, o enunciado: "Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas (...)".

Não há controvérsia quanto à possibilidade de aplicação das medidas típicas, uma vez que se trata de regras específicas do tipo de procedimento. Entretanto, a doutrina vem questionando a aplicação das medidas atípicas e de seus limites.

Em interessante artigo, Marcelo Abelha Rodrigues (2016) desenvolve o argumento de que existem dois tipos de executados em nosso sistema executório: a) o executado decente, que por dificuldade financeira não consegue honrar com seus compromissos; e b) o executado

cafajeste, que se comporta como verdadeiro criminoso, ao esconder o seu patrimônio, propositadamente, com o fim de frustrar as tentativas de satisfação do débito (RODRIGUES, 2016).

Segundo o autor, a aplicação das medidas atípicas, no caso do executado decente, deveria ser mais restrita e cautelosa do que para o caso do executado cafajeste.

Para Abelha, "a possibilidade de aplicar-se a sanção processual punitiva para o executado que, cafajeste ou não, passa a beneficiar-se do tempo do processo em razão da suspensão do processo de execução (921, III), culmina com a extinção pela prescrição intercorrente (924, V)."

Assim, em harmonia com o que dispõe o Enunciado 12 emitido no Fórum dos Processualistas Civis, bem como a regra da proporcionalidade, a aplicação das medias atípicas do art. 139, IV somente se justifica se, necessária, pela atitude cafajeste do exequente, e adequada, por atingir os fins a que se destinam, ou seja, compelir, de forma eficaz, o exequente a colaborar ou não obstaculizar os atos executivos.

## 4) ESTUDO DE CASO: DECISÃO NO PROCESSO Nº 4001386-13.2013.8.26.0011

Recentemente, gerou enorme rebuliço a publicação de uma decisão em processo executivo, proveniente da 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, em que a juíza, ao aplicar o art. 139, IV, do CPC/2015, determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do executado, bem como apreendeu o passaporte e cancelou os cartões de crédito do mesmo devedor.

Argumentou a magistrada que há anos o processo tramita sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente, além de o devedor ter demonstrado desídia com o processo, ao não oferecer proposta de acordo ou ter indicado bens à penhora.

A favor do devedor, então, foi impetrado Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido concedida a liminar em decisão que ora se reproduz:

> Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir. Ademais, o art. 8º, do CPC/2015, também preceitua que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentará apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da

> pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade. Por tais motivos, concedo a liminar pleiteada" (TJSP - Habeas Corpus nº. 2183713-85.2016.8.26.0000).

Percebe-se, portanto, que a polêmica ao redor da decisão se funda, principalmente, no alcance do art. 139, IV, do CPC/2015:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> IV - determinar todas as medidas indutivas, **coercitivas**, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, **inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária**. (grifo nosso)

Trata o dispositivo da consagração do princípio da atipicidade das formas executivas, que possibilita ao juiz se valer da aplicação de qualquer medida executiva, ainda que não expressamente prevista em lei, para dar efetividade às suas decisões.

Não cuida a previsão legislativa verdadeiramente de uma novidade na processualística brasileira.

Como já dito, na vigência do CPC/1973, já se admitia a atipicidade das formas executivas, porém ela se aplicava exclusivamente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, a partir de leitura dos arts. 461 e 461-A, §3º. Excluía-se, portanto, das obrigações de pagar quantia certa a incidência do princípio da atipicidade.

O CPC/2015 alarga a abrangência da atipicidade, albergando também as obrigações de pagar quantia certa, uma vez que o art. 139, IV, em sua parte final, menciona expressamente "as ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Desse modo, seria possível ao magistrado não apenas determinar medidas sub-rogatórias ao devedor (como, por exemplo, a penhora de ativos financeiros), mas também medidas de caráter indutivo, mandamental e coercitivos, como ocorreu na decisão objeto de estudo, em que se determinou a apreensão do passaporte, suspensão da CNH e cancelamento de cartão de crédito do executado.

Trataremos, neste estudo, apenas das duas primeiras medidas coercitivas (apreensão do passaporte e suspensão da CNH), justamente por ter recaído sobre elas maior dose de divergência.

O que importa saber é (1) se, em abstrato, seria possível ao juiz adotar as referidas medidas e (2), considerando possível, quais requisitos ou elementos deveriam estar presentes no caso concreto para que pudessem ser utilizadas.

Os argumentos em contrário, defendendo a inaplicabilidade da apreensão do passaporte e da suspensão da CNH, têm se lastreado na restrição ao "direito de ir e vir" previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal. Também tem sido invocado o art. 8º do CPC/15, sustentando que o processo não deve mirar apenas sua eficiência, mas igualmente os fins sociais e as exigências do bem comum, além de não perder de vista a promoção da dignidade da pessoa humana, sempre sob a observância da proporcionalidade, da razoabilidade e da legalidade.

Esta foi a fundamentação da decisão monocrática que concedeu a ordem no Habeas Corpus movido pelo devedor do processo cuja decisão atacada havia suspendido sua CNH e apreendido seu passaporte.

Também em sentido contrário à utilização das restrições ao direito de ir e vir, Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes (2016) entendem que, em regra, o art. 139, IV, do CPC/15, não pode dar ensejo à restrição unilateral de direitos individuais para que seja obtida a satisfação de pretensões pecuniárias.

Ocorre que, se o direito de ir e vir encontra matriz constitucional, listado no rol dos chamados direitos fundamentais, igualmente é o caso do direito de propriedade, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição.

Não conseguimos ver subsistir o argumento de impossibilidade de ser apreendido o passaporte e suspensa a CNH simplesmente pelo fato de estar sendo promovida uma restrição ao direito constitucional de ir e vir, já que, do outro lado, está a pretensão de satisfazer-se uma obrigação pecuniária, que, em última análise, encontra guarida também em direito fundamental, isto é, o direito constitucional de propriedade.

É dizer, apesar de respeitarmos as posições em contrário, não entendemos como possível, de antemão, afirmar que dentre as medidas coercitivas para satisfações de prestações pecuniárias, não poderia estar a suspensão da CNH ou a apreensão do passaporte, haja vista estarem em confronto dois direitos fundamentais: o de ir e vir e o de propriedade.

A solução para esse conflito, portanto, deverá ser encontrada no caso concreto, em que o magistrado, em coparticipação com os demais sujeitos processuais, deverá sopesá-los.

Encontrada a solução para essa primeira pergunta (abstratamente seriam possíveis as medidas coercitivas de suspensão da CNH e apreensão do passaporte), a resposta da segunda questão é que auxiliará a decisão, no caso concreto, quanto à possibilidade ou não de utilização das referidas medidas.

Nessa perspectiva, para se identificar a viabilidade, em concreto, de o juiz se valer de medidas coercitivas para a satisfação de prestações pecuniárias, devem estar presentes certos requisitos ou elementos.

Primeiro, é importante que tenham sido esgotadas as ferramentas convencionais, como a tentativa de penhora de ativos financeiros, protesto da dívida no tabelionato, inclusão do devedor nos cadastros restritivos de crédito, intimação do devedor para indicação de bens penhoráveis, dentre outras.

Essa é uma exigência que advém do art. 805 do CPC/15 ao preconizar que "[...] quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado".

Somente se poderá partir para os meios mais gravosos, como a apreensão de passaporte e suspensão da CNH, quando meios menos gravosos já tiverem sido utilizados e, de sua utilização, nenhum ou pouco resultado (leia-se satisfação do crédito) tiver sido alcançado.

Em segundo lugar, caso tenham sido esgotadas as tentativas convencionais, deve haver indício robusto nos autos de que o devedor esteja ocultando patrimônio para não arcar com as obrigações.

Neste particular é essencial distinguir entre aquele executado que, a despeito de não conseguir saldar a dívida por completo, esforça-se em encontrar meios para diminuí-la, oferecendo uma solução, ainda que parcial, e o outro executado, que se vale de todos os meios, especialmente os ilícitos, para não satisfazer a pretensão do exequente.

É a diferenciação que Marcelo Abelha (2016) faz entre o executado "decente" e o executado "cafajeste":

> [...] **executado decente**, ou seja, [...] se constrange por ser devedor inadimplente, que não dorme direito porque sabe que deve a alguém, que se arrepende do que fez, que se oferece para pagar a dívida de mil jeitos e maneiras de acordo com suas possibilidades, que não tem vergonha de mostrar seu patrimônio e demonstrar por A mais B que aquela situação não poderia ser evitada, enfim que demonstra uma postura de alguém que realmente reconhece que não conseguiu gerir adequadamente seu patrimônio e que o débito sobre sua cabeça é um martírio penoso de suportar. Enfim, que mesmo sendo inadimplente gostaria de pagar o que deve.
> [...] não podemos aceitar **executados cafajestes** que se comportam como um ladrão que esconde seu patrimônio propositadamente para desta forma impedir que o processo atue coativamente para expropriar seu patrimônio e assim saldar os seus débitos para com o exequente.

> [...] imaginem o quão se sentem aviltados o Estado-juiz do processo ou o exequente que assistem de camarote os absurdos atos do executado que, embora inadimplente no processo e quase favorecido pela contagem do prazo prescricional decorrente da suspensão do processo, ostentar uma vida real, fora do processo, de viagens para o exterior, de festas, colunas sociais e jantares em bons restaurantes, guiando carros de luxo e demonstrando nas redes sociais que o seu cotidiano é oposto à sua realidade processual. No processo é um pobre coitado, e na vida real apresenta uma condição oposta.

Seguindo essa lógica, apenas poderá sofrer com as medidas coercitivas da suspensão da CNH e da apreensão do passaporte o executado que venha a se comportar da maneira descrita como a do executado "cafajeste", isto é, aquele que sobre si recai fundamentada suspeita de estar escondendo patrimônio, que não possui qualquer compromisso nem intenção de quitar a dívida perante o exequente.

Nesse sentido também está o entendimento de Fernando Gajardoni (2016), para quem, do art. 139, IV, podem ser extraídas a adoção de medidas coercitivas até então não-usuais para devedores de prestações pecuniárias:

> Ilustrativamente, não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito a conduzir veículo automotor até pagamento do débito (inclusive com apreensão da CNH do devedor); não efetuado pagamento de verbas salariais devidas a funcionários da empresa, possível o estabelecimento de vedação à contratação de novos funcionários até que seja saldada a dívida; não efetuado o pagamento de financiamento bancário na forma e no prazo avençados, possível, até que se tenha a quitação, que se obstem novos financiamentos, ou mesmo a participação do devedor em licitações (como de ordinário já acontece com pessoas jurídicas em débito tributário com o Poder Público), etc.

Destaca-se que penderá sobre o executado, ao ver contra si ser deferida uma medida coercitiva de tal natureza (suspensão da CNH e/ou apreensão do passaporte), o ônus argumentativo para afastá-la. É dizer, cumprirá ao devedor convencer o juiz de que a adoção de tais medidas implica um gravame desarrazoado.

Sobre a temática, Olavo de Oliveira Neto (2016) observa que "[...] na hipótese de suspensão da CNH [...] se não tiver patrimônio, no caso o carro, mas tiver que levar um doente ao hospital ou se for taxista? Então o devedor deve demonstrar essa necessidade e o juiz irá retirar a restrição".

Desse modo, para que o direito fundamental de propriedade, ao ser confrontado, no caso concreto, com o direito de ir e vir, prevaleça, autorizando assim a suspensão da CNH e a apreensão de passaporte, será indispensável que sejam esgotados, anteriormente, os meios tradicionais sub-rogatórios, mandamentais e coercitivos (penhora de ativos financeiros, protesto da dívida no tabelionato, inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, intimação prévia do executado para indicar bens à penhora, dentre outras), bem como haja indícios cabais de que o devedor estaria a esconder patrimônio ou conduzir atividades pessoais, profissionais ou empresariais absolutamente incompatíveis com o fato de dever certa quantia em juízo.

Presentes esses requisitos e havendo pedido expresso e fundamentado por parte do exequente, é dado ao juiz adotar as aludidas medidas coercitivas contra o executado de prestação pecuniária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modificações legislativas promovidas pelo legislador de 2015 trouxeram a necessidade de se conceber o Direito Processual Civil no contexto indissociável ao conjunto de regras e princípios da Constituição de 1988.

O Novo Código acompanha a tendência de se valorizar, sobremaneira, os princípios fundamentais do processo, prevendo-os em seu capítulo inaugural, entre eles, no art. 8º, o da proporcionalidade.

Embora a maioria da doutrina prescreva a proporcionalidade como princípio, trata-se este de regra, aplicável sob a perspectiva do *tudo ou nada*, segundo a doutrina do Robert Alexy (2008).

Por consequência, por ser norma fundamental, a proporcionalidade deve ser aplicada como critério pelo magistrado em todas as oportunidades que lhe couber impor medidas em que a lei abrir margem à sua análise discricionária, como norma aberta.

Especialmente quando da aplicação do poder geral de efetivação das decisões judiciais, tal máxima deve ser cautelosamente considerada, a fim de não se tornar ineficaz ou desproporcional, o que frustraria os objetivos da tutela jurisdicional.

As medidas típicas devem prevalecer sobre as atípicas, justificando a aplicação destas em casos como o do *executado cafajeste*, que, agindo de má-fé, desvia-se da efetivação dessas medidas, impedindo a satisfação do direito do credor.

O magistrado deve considerar, portanto, quando da análise do caso concreto, o esgotamento das medidas atípicas, o histórico das atitudes do executado, bem como a necessidade e adequação da possível medida atípica.

No final das contas, é possível, sim, estabelecer critérios para a aplicação do art. 139, IV, nas obrigações de pagar quantia certa, com o intuito de se resguardar, de forma igualitária os direitos e garantias do exequente e do executado.

## REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo: benfazeja proposta contida no projeto de nova Lei de Ação Civil Pública. In GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos:* estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia certa.* Disponível em: < http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia >. Acesso em: 25.09.2016.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON,Petrônio. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos:* estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio >. Acesso em: 25.09.2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte >. Acesso em: 25.09.2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: execução forçada, processos nos tribunais, recursos e direito intertemporal. Vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALOR ECONÔMICO. *Devedores podem ter passaporte e carteira de habilitação apreendidos*. Disponível em < http://www.valor.com.br/legislacao/4661725/devedores-podem-ter-passaporte-e-carteira-de-habilitacao-apreendidos >. Acesso em: 25.09.2016.

**Leis:**

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25.09.2016.

BRASIL. _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 25.09.2016.