

A EFETIVIDADE DA MULTA NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA QUE CONDENA A PAGAR DINHEIRO

LUIZ GUILHERME MARINONI

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA UFPR. ADVOGADO EM CURITIBA E EM BRASÍLIA

1 A importância da multa para dissuadir o demandado ao inadimplemento

A imposição de multa para dar efetividade à cobrança de quantia em dinheiro objetiva dissuadir o inadimplemento da sentença que determina o pagamento de soma, *tornando desnecessária a "execução por expropriação"*.

Não há razão para que a tutela do crédito pecuniário deva ser prestada unicamente por meio da execução por expropriação, uma vez que o custo e a lentidão dessa forma de execução, como é sabido por todos, desestimulam o acesso à justiça e trazem intolerável acúmulo de trabalho aos juízos.

Tal forma de dar efetividade à cobrança de quantia em dinheiro é aceita pela melhor doutrina francesa, como fica claro em trabalho de Roger Perrot, intitulado *La coercione per dissuasione nel diritto francese*, publicado na *Rivista di diritto processuale* no ano de 1996. Aliás, decisão da Corte de Cassação Francesa, datada de maio de 1990 (*Bull. civ. C. Cass.* 1990, V, n. 224, 146), *firmou o princípio de que a astreinte pode ser pronunciada de forma acessória à "condenação" de pagamento de soma em dinheiro, visando estimular o seu adimplemento.*¹ *Na jurisprudência francesa, como se vê, as astreintes não são limitadas às obrigações de fazer.*

¹ Sobre esta decisão, assim se manifestou Roger Perrot: "Ora, ecco che una recente decisione della Corte di Cassazione del 29 maggio 1990 ha esteso l'applicazione dell'*astreinte* alle obbligazioni aventi ad oggetto una *somma di denaro*. Nella specie, un datore di lavoro era stato condannato a pagare ad una *ex-dipendente* dell'impresa un'indennità di licenziamento e a risarcire i danni per il licenziamento illegittimo; il giudice, per dare più efficacia alla propria decisione, aveva aggiunto alla condanna un'*astreinte* di 50 franchi francesi per ogni giorno di ritardo. *Poteva farlo? La Corte di Cassazione non ha esitato ad ammetterlo, abbandonando la propria precedente giurisprudenza e ponendo il principio per cui un'*astreinte* può essere pronunciata in via accessoria ad un condanna a pagare una somma di denaro. Non si può che approvare quest'estensione, che*

Michele Taruffo, na Itália, em artigo veiculado na *Rivista Critica del Diritto Privato*, propôs o uso da multa para dar efetividade às sentenças que “condenam” ao pagamento de soma, argumentando que esse modo de proceder não só elimina o custo e a demora inerentes à execução por expropriação, como também é capaz de reduzir a carga de trabalho dos juízes e conferir maior racionalidade e tempestividade à tutela dos direitos.² Taruffo, após lembrar “*che la migliore esecuzione forzata è quella che non è necessaria*”, adverte para a necessidade de o sistema processual prever a multa ao lado da execução por expropriação, para que então possa atuar sobre a vontade do devedor, e assim obter o adimplemento “espontâneo”.³

Na Inglaterra, existe legislação que estabelece deveres muito bem delineados ao executado, que fica obrigado, *ao não observar a determinação de pagamento, a informar à Corte os seus bens e rendimentos*. Além disso, *confere-se amplo poder a Corte para a investigação do patrimônio do devedor, o qual, assim, realmente tem consciência da sua responsabilidade de declará-lo de forma correta*.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado o seu inconformismo com a inefetividade da execução por expropriação, clamando por legislação processual que dê maior poder ao magistrado, capaz de efetiva e tempestivamente propiciar a cobrança de soma em dinheiro. No caso em que se confrontam, em virtude de conhecido acidente aéreo, determinada empresa e os familiares das vítimas falecidas, o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto que não conheceu recurso especial interposto contra decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo - que deferiu tutela antecipatória contra a empresa -, assim concluiu: “Após tais considerações, que levam ao desacolhimento do recurso, não posso deixar de consignar a lamentável insensibilidade da recorrente, que, embora apregoando eficiência – que não se lhe pode negar -, não contribui para solucionar de vez essa parte do doloroso drama dos atingidos pelo triste

ha il merito di spingere il debitore a pagare rapidamente il proprio debito, senza aspettare che si proceda contro di lui con un pignoramento” (La coercione per dissuasione nel diritto francese, *Rivista di diritto processuale*, 1.996, p. 665).

² Como diz Taruffo, “la possibilità di conseguire l’adempimento, evitando al contempo le complicazioni, i costi e i rischi di inefficacia insiti nella esecuzione per espropriazione, è anzi la ragione di fondo *che dovrebbe indurre a percorrere decisamente la strada dell’introduzione di adeguate misure coercitive, anche a garanzia dell’effettività delle condanne a contenuto pecuniario*” (Michele Taruffo, Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 668). Ver, também, Luigi Paolo Comoglio, Principi costituzionali e processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p. 450 e ss.

³ Michele Taruffo, Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, pp. 665/667.

acidente, preferindo recorrer judicialmente de uma decisão manifestamente razoável e bem lançada. É por esta e por outras que se impõe a adoção, pelo direito brasileiro, de institutos como o do *contempt of court* do sistema da *Common law*”.⁴

É pouco mais que absurdo afirmar que o uso da multa tem relação com outras realidades, que não a brasileira. O uso da multa cresce em importância na medida das necessidades do credor e, portanto, a sua imprescindibilidade é tanto maior quanto mais pobre é a população.

Convém deixar claro, desde logo, que a multa não poderá ser usada – nem poderia – contra a pessoa que não possui patrimônio. O seu objetivo não é o de castigar o inadimplente. É o de dissuadir – aquele que possui patrimônio – a não pagar.

*Frise-se, por outro lado, que a idéia do uso da multa tem relação com o não cumprimento da sentença, e não com o inadimplemento de títulos executivos como a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture ou o cheque.*⁵ Não se trata, assim, de potencializar a cobrança dos créditos devidos aos titulares dos títulos executivos extrajudiciais. O objetivo da multa é estimular o adimplemento das sentenças que impõem o pagamento de soma em dinheiro. Alguém então perguntaria: quem são os autores das ações condenatórias e das ações fundadas em título executivo extrajudicial? Em pesquisa que teve o cuidado de atentar para essa questão, constatou-se que as ações fundadas em título executivo extrajudicial pertenciam maciçamente às pessoas jurídicas, mas que essa situação era invertida diante das ações condenatórias.⁶

Isso é facilmente explicável, pois os títulos executivos extrajudiciais nada mais são que criação técnica que teve o intuito de beneficiar determinadas posições sociais, livrando-as da

⁴ STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 235978, DJ de 11.12.2000.

⁵ Achille Saletti, professor da Universidade de Milão, ao comentar o Anteprojeto brasileiro de reforma do CPC relativo ao cumprimento das sentenças, afirmou ser racional tratar de forma diferenciada as sentenças e os títulos executivos extrajudiciais: “ora, è ben giustificabile, su un piano razionale, immaginare un sistema di controlli di tipo diverso e con efficacia differente, a seconda dell’origine del titolo esecutivo che viene in questione, se giudiziale o stragiudiziale. E` del tutto evidente, infatti, che una sentenza o un altro provvedimento di formazione giudiziale, ad esso equiparato, offrono delle garanzie di autenticità e di certezza del diritto fatto valere, di gran lunga superiori a quelle che possono venir offerte da un titolo esecutivo stragiudiziale, che potrebbe assai più facilmente essere falso, invalido o, comunque, non rappresentare la reale situazione del diritto sostanziale” (Achille Saletti, Comentários ao anteprojeto brasileiro de reforma do CPC relativo ao cumprimento das sentenças. Texto fornecido quando de reunião para a discussão do anteprojeto).

⁶ Ver Boaventura de Souza Santos, Introdução à sociologia da administração da justiça, *Revista de Processo*, v. 37, 126 e ss.

demora do processo de conhecimento e permitindo o seu acesso direto à execução. A ação de conhecimento para a obtenção de dinheiro restou, nessa perspectiva, marginalizada.

A grande maioria dos que a ela acodem desejam ressarcimento. Sabe-se, em razão de um fenômeno econômico “natural”, que o risco de dano é consequência da atividade produtiva. Isso significa que, em regra, a vítima do ato ilícito é credora do empresário. Por outro lado, os contratos, quando inadimplidos, muitas vezes obrigam o consumidor a deixar de lado o direito à tutela específica do bem prometido e a contentar-se com o seu equivalente em dinheiro. Portanto, não é difícil imaginar a quem interessa o retardamento do cumprimento da sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro.

Todos sabem que, na lógica do sistema processual vigente, não há vantagem no pagamento imediato da condenação. Se o condenado tem ciência de que a satisfação do crédito declarado na sentença demora para ser efetivada, prefere esperar que o lesado suporte o tempo e o custo da execução por expropriação. Ora, como é pouco mais que óbvio, *o simples fato de o infrator poder trabalhar com o dinheiro durante o tempo de demora – que não é pequeno – da execução por expropriação somente pode lhe trazer benefício, com igual prejuízo ao lesado.*

Se a multa já vem sendo utilizada, com enorme sucesso, para dar efetividade diante das obrigações de fazer (fungível ou não fungível), de não fazer e de entregar coisa, não há qualquer razão para a sua não utilização em caso de soma em dinheiro.⁷ Como explica Taruffo⁸, é incorreto pensar que a multa somente possa ser aplicada quando impossível o uso de alguma forma de execução por sub-rogação. Se é possível usar a multa no caso de obrigação de fazer fungível, ou mesmo de entregar coisa, não há motivo algum que possa ser invocado para impedir a sua utilização em face de obrigação de pagar. Lembre-se, com efeito, que o argumento que sempre foi utilizado para não admitir a multa diante de obrigação de pagar foi o de que, nesse caso, seria possível o uso da execução por sub-rogação.

⁷ Ao contrário, quando se tem noção do conteúdo do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, aceita-se a aplicação da multa, mesmo no sistema atual, para compelir ao pagamento de soma em dinheiro. Neste sentido, ver Luiz Guilherme Marinoni, A execução da tutela antecipatória de pagamento de soma sob pena de multa, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, 1.997, p. 161 e ss. Na jurisprudência, ver TJRS, 6ª. CC, Rel. Des. Osvaldo Stefanelo, Ação Rescisória 599263183, julgado em 26.04.2000, em especial o voto do Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

⁸ Michele Taruffo, Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 664.

Na verdade, quando a execução vivia em contexto sociológico completamente diverso⁹, somente era admitida a utilização da multa em face das obrigações de fazer infungíveis, uma vez que, nessa época, admitia-se que todas as outras obrigações poderiam ser efetivamente tratadas através da execução direta.

Atualmente, a multa não deve ser pensada como algo que deve incidir no local em que a execução direta não pode atuar, *mas sim como instrumento que tem vinculação única com a efetividade da tutela pecuniária.*

Eduardo Talamini sustenta que não é “apropriada a extensão da multa para o campo da tutela atinente a pretensões pecuniárias”¹⁰. Segundo ele, “recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional *é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo*”¹¹. Acontece que o objetivo da multa, em relação à sentença que impõe o pagamento de soma, é de *convencer* o devedor a pagar. É claro que a multa *pode não lograr esse intento, como pode acontecer em relação às obrigações de fazer, de não-fazer e de entrega de coisa*, quando, então, o valor da multa deverá ser cobrado através da execução por expropriação. Porém, ninguém jamais ousou pensar que a multa não tem efetividade diante das obrigações de fazer (p. ex.) apenas porque pode não levar ao adimplemento. *É que a multa deve ser vista como coerção e como sanção.* O fato de que ela pode se transformar em sanção pecuniária, após não ter atingido o seu verdadeiro fim (coercitivo), jamais afastou – *e nem poderia* – a idéia de que constitui uma imprescindível técnica executiva para a tutela dos direitos. Ou melhor: admite-se que a multa

⁹ Marcelo Guerra, em trabalho que relaciona os direitos fundamentais à efetividade da tutela do credor, faz relevante ponderação: “de outra parte, não se justifica, atualmente, valorar de modo negativo e *a priori* as medidas coercitivas, reduzindo-as a uma posição inteiramente secundária com relação às medidas sub-rogatórias. Em outras palavras, não se pode sustentar a existência de uma ordem preestabelecida de preferência em favor de medidas sub-rogatórias, de modo a relegar o uso de medidas coercitivas a situações de total inadequação das primeiras. *Sendo assim, não se pode excluir a possibilidade de se empregar medidas coercitivas na satisfação de créditos pecuniários pela simples razão de que, sendo fungíveis as respectivas obrigações, é cabível o uso de medidas sub-rogatórias e essas são sempre preferíveis às primeiras.* Somente circunstâncias do caso concreto podem decidir, de modo definitivo, sobre a maior adequação de uma ou outra das modalidades de medidas executivas” (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo, RT, 2003, p. 152). Nesse mesmo sentido, ver o excelente trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, publicado no v. 26 da *Revista de Direito Processual Civil*.

¹⁰ Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo, RT, 2001, p. 470.

¹¹ Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., p. 470.

deva ser utilizada como técnica de coerção indireta, para se tentar eliminar a necessidade da execução direta (p. ex., no caso de obrigação de fazer fungível), ainda que ela possa não gerar o adimplemento, e assim ter que ser cobrada através da execução por expropriação. Assim, negar a efetividade do uso da multa como coerção indireta no caso de soma em dinheiro, apenas porque ela pode não levar ao adimplemento (*como, aliás, é obviamente possível*), é, em substância, o mesmo que negar o seu valor diante das obrigações de fazer fungíveis. Na realidade, o equívoco de pensar que a multa não tem razão de ser no caso de sentença que determina o pagamento de soma em dinheiro deriva de uma distorção. *A multa coercitiva, como é evidente, não deseja – nem pode – eliminar a execução por expropriação, uma vez que, diante da própria natureza dessa multa, sempre será possível o descumprimento da sentença e, assim, necessária a execução por expropriação. O desejo da multa coercitiva – como acontece em qualquer caso – é o de convencer o demandado a adimplir. E isso é possível – e pode trazer grandes benefícios – não apenas diante das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, mas também em face das obrigações de pagar. Lembre-se, embora não devesse ser necessário (pois é óbvio), que a multa não deve ser utilizada contra quem não possui patrimônio, pois logicamente não serve para obrigar a quem não tem dinheiro a pagar. A multa tem efetividade em relação àqueles que possuem patrimônio – como os bancos, seguradoras, construtoras etc. –, porém verificam que, diante do sistema processual atualmente estruturado para execução, é muito melhor calar que pagar. O que se pretende com a multa, em resumo, é evitar que o sistema processual continue a ser utilizado para alimentar a injustiça. Ora, um sistema processual que estimula o inadimplemento do infrator em prejuízo do lesado viola os direitos fundamentais, aqui especialmente o direito de proteção de todo cidadão, e, assim, é flagrantemente inconstitucional. Não ver isso é continuar estimulando os infratores – e assim os danos –, os quais certamente prosseguirão entendendo que não é conveniente observar os direitos, pois é muito melhor ser executado.*

É claro que por detrás da idéia de efetividade existe outro valor muito mais relevante, que é o da igualdade real. Não é possível pensar o processo sem estabelecer a premissa de que o poder tem por fim remover os obstáculos que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana. É por isso que o processualista, ao formular os seus conceitos, não está autorizado a desconsiderar as diferenças sociais daqueles que buscam a justiça. Ademais, é importante lembrar que, para o encontro da real efetividade do processo, é fundamental a tomada de consciência de que são de natureza vária os bens envolvidos nos litígios. O novo processo não pode mais ser visto como técnica neutra, mas como instituto que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, as

situações que constituem os litígios não têm igual valor jurídico.¹² Com efeito, a efetividade não é valor em si. Ao contrário, a sua significação somente pode ser descoberta quando verificado o valor a que protege. Em outros termos: a efetividade somente possui relevância quando objetiva dar concretude aos valores protegidos pela Constituição Federal.

2 A multa e a efetividade da tutela antecipatória

A tutela antecipatória objetiva antecipar o bem da vida perseguido pelo autor. Há casos em que o autor não pode esperar o tempo de demora do processo, quando então a antecipação se funda em receio de dano grave.

Como é evidente, se o autor necessita imediatamente da soma perseguida, não há como obrigá-lo a esperar o tempo do processo. Por essa razão está expressamente prevista a possibilidade de concessão de liminar na ação de alimentos¹³, e por esse motivo pode ser requerida tutela antecipatória, com base no art. 273 do CPC, no procedimento comum.

Se o requerimento de tutela antecipatória, no procedimento comum, é garantida pelo CPC, é irracional supor que ela não pode ser efetivada ou executada, ou, para melhor explicar, *tornada útil na realidade da vida*. É absurdo pensar que o juiz pode conceder tutela antecipatória, mas não pode efetivá-la.

No caso em que, por exemplo, a autora e seu filho pedem indenização em razão da morte de seu marido e pai em acidente de trânsito - e o falecido marido sustentava o lar e a educação do filho -, é pouco mais que evidente que não será possível suportar o tempo de demora do processo de conhecimento. Nessa hipótese, certamente haverá a necessidade de obtenção imediata de soma em dinheiro, para o sustento do lar e para o custeio da educação do autor. Existiria, aí, necessidade de soma em dinheiro com conteúdo alimentar, e por isso os alimentos são chamados de indenizativos.

Mas, se essa necessidade de soma em dinheiro é tão evidente que é designada de alimentos indenizativos, e o art. 273 do CPC, ou a técnica antecipatória, expressamente a ampara, o único problema que poderia surgir diz respeito à forma de sua execução. *“Problema”, na verdade, para quem pensa que pode reduzir o processo a uma dimensão puramente técnica e socialmente neutra. O fato de não existir previsão específica para a execução de tutela antecipatória de soma em*

¹² Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 7ª. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 25.

¹³ Ver Flávio Luis de Oliveira, *A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1999.

dinheiro, não pode significar que o legislador processual está dizendo aos operadores do direito de que a sua execução deve se submeter à via expropriatória, própria à sentença condenatória. Essa interpretação retiraria qualquer utilidade à tutela antecipatória, e constituiria grave afronta à idéia de que as normas processuais devem ser interpretadas à luz do direito material e dos direitos fundamentais, especialmente importando, no caso, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

A autora, no exemplo apresentado, e a vítima de ato ilícito que necessita urgentemente de soma em dinheiro, não têm apenas direito aos alimentos indenizativos, mas têm direito fundamental à efetividade da tutela alimentar. Em outros termos, possuir direito aos alimentos não é somente possuir direito à decisão concessiva de alimentos, mas é também ter direito ao meio executivo capaz de tornar útil essa decisão.

A importância de pensar em direito fundamental à tutela jurisdicional, ao se abordar a necessidade de meio executivo adequado, reside em que a interpretação da lei deve sempre privilegiar o direito fundamental. Se o intérprete é obrigado a extrair da norma processual a sua máxima efetividade - desde que, obviamente, não sejam postos em risco outros direitos dignos de proteção -, é seu dever buscar o meio executivo capaz de dar efetividade aos alimentos indenizativos.

No CPC, especificamente entre os arts. 732 e 735, é prevista a chamada “execução de prestação alimentícia”. Sustenta-se que esse procedimento não é aplicável aos alimentos indenizativos, mas apenas aos alimentos de direito de família. Assim não seria possível, para se dar efetividade aos indenizativos, o uso da prisão¹⁴ (art. 733, §1º, CPC) ou o desconto em folha¹⁵ (art. 734, CPC).

Essa última posição entende que a diversidade da *fonte* dos alimentos pode justificar a diferenciação dos meios de execução. Mas a conclusão é extraída de premissa falsa, *pois a fonte dos alimentos não importa* quando aponta para *o mesmo grau de necessidade*. Ora, como é absolutamente lógico, o que deve levar à discriminação dos meios executivos *é a necessidade* da soma em dinheiro, e não a *fonte* dos alimentos.

¹⁴ “A prisão civil por dívida como meio coercitivo para o adimplemento de obrigação alimentar é cabível apenas no caso dos alimentos previstos nos arts. 231, II e 396 e ss. do CC, *que constituem relação de direito de família*. Inadmissível, assim, sua cominação determinada por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade *ex delicto*” (RT 646/124).

¹⁵ JTACivSP 141/38.

Se a necessidade do credor de alimentos de direito de família é a mesma da do credor de alimentos indenizativos, e se esse último possui direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, é obrigatória a conclusão de que os meios executivos que estão nos arts. 733 e 734 do CPC são aplicáveis aos alimentos fundados em ato ilícito.¹⁶ Frise-se, aliás, que a Constituição Federal, ao afirmar que a prisão civil é possível em caso de dívida alimentar (art. 5º, LXVII, CF), teve a intenção de deixar evidenciada a possibilidade de se usar a prisão, como meio de coerção, em relação a qualquer espécie de obrigação alimentar. Tanto é que não fez qualquer alusão à fonte dos alimentos que por ela poderiam ser beneficiados.

Porém, mesmo no caso de dívida alimentar, quando não for possível o desconto em folha ou o desconto de rendas periódicas, *poderá ser requerida a aplicação da multa como meio coercitivo*. Na realidade, a possibilidade do uso da multa, no caso, é simples decorrência da possibilidade do uso da coerção pessoal (prisão)¹⁷. Se o credor pode se valer da prisão, pode preferir usar meio executivo menos agressivo; é claro que a multa configura meio executivo de menor impacto à esfera jurídica do devedor.

Quando a soma em dinheiro buscada não puder ser qualificada como alimentar, e assim não couber usar a prisão como meio de coerção indireta, nada pode impedir o desconto em folha ou o

¹⁶ Ver Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 10, cit., p. 485; Araken de Assis, *Execução de alimentos e prisão do devedor*, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 111.

¹⁷ Referindo-se à prisão do devedor de alimentos, registra Álvaro Villaça Azevedo: “A meu ver, a tendência é a de que se humanizem e que se racionalizem os sistemas jurídicos modernos, para que apaguem, definitivamente, em breve futuro, essa lamentável prisão por dívida, por substituição do regime selvagem de hoje pelo civilizado e profícuo de amanhã” (Prisão civil por dívida de alimentos, *in Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis* (coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira), Belo Horizonte, OAB/MG e IBDFAM, 2002, p. 234. Não é possível aderir a essa posição, pois não há como enxergar virtude em dispensar meio de execução utilizado para dar efetividade aos alimentos. Tal prisão civil é fundamental para a sobrevivência digna das pessoas. Como corretamente argumenta Araken de Assis, “contra o meio executório da coação pessoal se opõe tenazmente a força do preconceito, ignoradas a utilidade e a natureza do mecanismo. Entretanto, o estudo científico dos meios executórios, avaliados e pesados como expedientes práticos, predispostos com o único propósito de realizar as operações materiais destinadas ao implemento executivo da eficácia sentencial condenatória, revela a verdade. A prisão civil do alimentante não merece a pátina de coisa obsoleta, entulho autoritário e violento só a custo tolerado e admitido no ordenamento jurídico contemporâneo. Em nome da ideologia liberal, preocupada em preservar o princípio da intangibilidade física, ainda que provoque a dor, a penúria e mesmo a morte do alimentário, avalia-se desfavoravelmente o aprisionamento do executado” (Araken de Assis, *Execução de alimentos e prisão do devedor*, São Paulo, RT, 1993, p. 120-121).

desconto de rendas periódicas, pois essas medidas executivas devem ser compreendidas como técnicas dispostas para permitir a imediata satisfação do direito de receber dinheiro, e não como meios executivos que devem servir somente aos alimentos.

Entretanto, a multa também pode ser usada à distância da obrigação alimentar. Se a tutela antecipatória de pagamento de soma pode ser concedida, diante da possibilidade de dano grave ser ocasionado ao autor, não há como lhe negar efetividade, obrigando-a a se submeter à execução por expropriação.¹⁸

Esse último modelo executivo não serve para dar efetividade à tutela urgente. Aliás, é completamente inadequado à necessidade de obtenção de soma em dinheiro de modo urgente. *A Constituição Federal, ao garantir o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, também garante o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta.* Assim, se a execução da tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano através da via expropriatória é inefetiva, não há como não admitir a sua execução mediante a imposição de multa, *inclusive para que a própria Constituição seja observada*¹⁹.

A efetividade da tutela antecipatória pressupõe que ao juiz tenha sido outorgada uma ampla latitude de poderes destinados à determinação das modalidades executivas adequadas. Não é preciso que o legislador tenha deferido ao juiz, expressamente, a possibilidade de usar a multa para efetivar a tutela antecipatória. A possibilidade do seu uso decorre do fato de que a outorga de poder (poder de conceder tutela antecipatória) implica na outorga de meios para que esse poder possa ser concretizado. Não há procedência em pensar que a multa só pode ser utilizada se prevista, uma vez que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (no caso à tutela antecipatória) não pode ser desconsiderado quando, diante de determinado caso concreto, a efetivação da tutela jurisdicional depender de sua utilização.

Descabe o argumento no sentido de que a decisão concessiva de tutela antecipatória não pode ser implementada por meio de técnica executiva mais incisiva que aquela que serve à sentença. *O que justifica a tutela antecipatória é algo absolutamente diverso daquilo que está à*

¹⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 7ª. ed., cit., p. 245-249.

¹⁹ Como observa Marcelo Guerra, uma vez identificado o direito fundamental à tutela executiva, se pode aquilatar, “mais adequadamente, aquelas situações denominadas de *insuficiência de meios executivos previstos na lei*. Realmente, sempre que o meio executivo previsto na lei não for capaz de proporcionar uma pronta e integral satisfação do credor, tem-se uma denegação de tutela executiva, *o que consiste em autêntica violação do direito fundamental à tutela executiva*” (Marcelo Lima Guerra, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 104).

*base da sentença condenatória. A tutela antecipatória concedida a partir de situação de urgência não ‘combina’ com a execução por expropriação pelo simples motivo de que deve realizar prontamente – ou sem delongas – o direito. Assim, ao contrário do que se poderia supor, a decisão concessiva de tutela antecipatória pode ser efetivada por meio executivo não só distinto, mas também mais incisivo, que aquele que serve à sentença.*²⁰

3 A multa e a efetividade do ressarcimento na forma específica

Quem sofre dano tem direito ao ressarcimento. Até aí tudo é óbvio. Acontece que o dano abre ensejo para o ressarcimento na forma específica ou pelo equivalente em dinheiro. Quando o ressarcimento na forma específica não é possível, deve ser ele postulado pelo equivalente. Porém, quando qualquer das formas de ressarcimento pode ser pedida, o lesado pode escolher entre o ressarcimento na forma específica e o ressarcimento pelo equivalente.

Se o lesado tem direito de optar entre o ressarcimento na forma específica e o ressarcimento pelo equivalente, o réu não pode contestar dizendo que deveria ter sido preferido o ressarcimento pelo equivalente, a menos que possa invocar “excessiva onerosidade”, ou que o ressarcimento na forma específica, em uma perspectiva patrimonial e de eficiência econômica, justifica o pagamento de dinheiro.

*A idéia de ressarcimento pelo equivalente deita raízes na falsa suposição de que o dinheiro tudo pode apagar. Por uma questão de lógica e de racionalidade, o dano deve ser reparado na forma específica. É por esse motivo que já o CC de 1916 estabelecia a prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente, e Pontes de Miranda, ao tratar do tema, era enfático: “o pedido pode dirigir-se à restauração em natura, e somente quando haja dificuldade extrema ou impossibilidade de se restaurar em natura é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro”.*²¹

Se isso é absolutamente evidente, alguém pode não se conformar com o fato de que, na prática forense, não são apresentados pedidos de ressarcimento na forma específica. Não é difícil explicar. Embora no plano do direito material esteja estabelecida, há bastante tempo, a prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente, o CPC de 1973

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 7ª. ed., cit., p. 247.

²¹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, v. 26, p. 28.

praticamente inviabilizou o pedido de ressarcimento na forma específica, ao conferir-lhe uma forma procedimental completamente inadequada e inefetiva.

A sentença que impõe o ressarcimento na forma específica obriga o demandado a fazer ou a entregar coisa em substituição à destruída. Porém, antes da introdução do art. 461 no CPC - e para restringirmos, por enquanto, o problema ao ressarcimento na forma específica que exige um fazer – se a sentença condenatória não fosse cumprida, teria que ser proposta ação de execução para que terceiro fizesse *o que deveria ter sido feito* pelo condenado (art. 634, CPC). E o que é pior, o credor teria que adiantar ao terceiro os valores estabelecidos para a consecução do fazer (art. 634, §7º, CPC).

Ora, se o titular do direito ao ressarcimento na forma específica, mesmo depois de passados dois ou três anos da ação condenatória, é obrigado a propor ação de execução, submeter-se a uma demorada e complicada concorrência pública para a escolha do terceiro prestador do fazer, e ainda pagar os seus custos para, apenas mais tarde, poder cobrá-los do devedor - por meio da execução por expropriação -, não há vantagem alguma em propor ação com pedido de ressarcimento na forma específica.

Como é fácil perceber, é muito mais vantajoso, tempestivo e efetivo providenciar a reparação sem processo jurisdicional e depois cobrar o valor do seu custo por meio de ressarcimento pelo equivalente. A dificuldade apenas realmente surgiria quando o lesado não tivesse condições financeiras para adiantar as despesas para a reparação.

O CPC de 1973, ao criar técnica processual completamente incapaz de propiciar a efetividade do ressarcimento na forma específica, *simplesmente mutilou o direito material, eliminando a prioridade lógica do direito ao ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento em dinheiro, especialmente em casos como o do direito ambiental, que, segundo a própria Constituição Federal (art. 225) , deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.*

Mas não cabe à doutrina e aos juízes ficarem olhando para tal mutilação. Se há dever de interpretar a norma processual à luz do direito material e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, o atual sistema processual deve ser lido de modo a conduzir à efetividade do direito ao ressarcimento na forma específica, que somente assim deixará de ser mera proclamação retórica.

O obrigado a reparar é, antes de tudo, obrigado a fazer ou obrigado a entregar coisa, e não obrigado a pagar. Como visto, foi o CPC que transformou a obrigação de reparar em obrigação de pagar. *Sendo assim, e se as normas dos arts. 461 e 461-A do CPC apenas instituem técnicas processuais para a imposição do fazer e da entrega de coisa, mas podem viabilizar diferentes*

tutelas, é óbvio que a tutela ressarcitória na forma específica pode ser prestada por meio dessas normas.

O art. 461 permite que o juiz ordene, sob pena de multa, um fazer fungível. De modo que, se o réu tem capacidade técnica para prestar o fazer, não há razão para não utilizar a multa como forma de dar efetividade ao ressarcimento.

Problema maior surge quando o demandado não possui capacidade técnica para prestar o fazer e, assim, esse tiver que ser prestado por terceiro. *Porém, mesmo nesse caso o réu continuará obrigado a reparar o dano.* O fato de o réu não ter capacidade técnica obviamente não extingue sua obrigação de reparar o dano. Portanto, não há racionalidade em isentar o réu do dever de arcar com as despesas para o ressarcimento na forma específica, obrigando a vítima a adiantá-las. Ora, entendendo-se que o titular do direito ao ressarcimento somente pode executar por meio de expropriação o inadimplente da obrigação de custear o valor da reparação, restam estabelecidas as conseqüências de que a vítima deve pagar para obter a reparação e que o condenado pode deixar de adimplir as despesas necessárias para tanto. *Tais conseqüências implicam na conclusão de que a ação de ressarcimento na forma específica, nesse caso, não teria muita utilidade.*

Na verdade, toda essa distorção decorre da suposição de que o obrigado a reparar na forma específica passa a ter obrigação de pagar simplesmente por não ter capacidade técnica para fazer. *Trata-se, entretanto, de grande equívoco. Se é pedido ressarcimento na forma específica, é absurdo pretender transformar esse direito em dinheiro. Ou melhor: o direito ao ressarcimento na forma específica não é extinto pelo motivo do infrator não ter condições técnicas de prestá-lo.*

Perceba-se que o dever de ressarcir não pode ser equiparado, no que aqui importa, à obrigação contratual de fazer. Se é certo que, quando a prestação contratual não pode mais ser cumprida pelo devedor, ela deve ser convertida em dinheiro, é evidente que *essa lógica é estranha ao dever de reparar o dano, até porque não cabe perguntar se o autor do dano tem capacidade técnica para repará-lo – e, nesse sentido, se ele pode se obrigar a fazer para mais tarde poder ser compelido a ressarcir na forma específica. Ou seja, se a obrigação de fazer se extingue diante da impossibilidade do cumprimento do contrato na forma específica, o dever de ressarcir não se desfaz apenas porque o infrator não possui capacidade técnica para reparar.*

Se o direito ao ressarcimento na forma específica não é extinto em razão de o fato ter que ser prestado por terceiro – e isso seria ilógico e irracional –, *o demandado continua obrigado a prestar ou a providenciar a reparação na forma específica.* Note-se, aliás, que *o entendimento de que o infrator deve apenas pagar, e não providenciar o ressarcimento na forma específica, ofenderia a idéia de que o ressarcimento na forma específica é a forma idealizada pelo direito material.*

Pois bem, do fato de que o infrator não tem seu dever de ressarcir extinto pelo motivo de o fazer ter que ser prestado por terceiro, decorre a conseqüência natural de que o processo deve ser hábil para compelir o autor do ilícito a custear a reparação do dano. E aí importa, mais que nunca, o uso da multa como meio de compelir o demandado a cumprir a sentença.

Nessa linha, a multa deve ser utilizada para obrigar o infrator a pagar as custas da reparação. Nada mais justo e de acordo com a idéia de que o juiz não pode assistir à transformação dos direitos em pecúnia.

Imagine-se, por exemplo, *dano ambiental de grande proporção*, quando o legitimado à ação coletiva tem o direito de pedir ressarcimento na forma específica. Suponha-se, ainda, que, proferida sentença determinando o ressarcimento na forma específica, *deva ser prestado fazer de alto custo por terceiro especializado. Teria lógica admitir que o agressor do meio ambiente pode, após determinação judicial, cruzar os braços, obrigando o autor da ação a custear a reparação?* Note-se que, nessas situações, é absurdo imaginar que o autor possa ter condições de arcar com as despesas necessárias para a reparação. Isso significa que a ausência de meio executivo capaz de obrigar o agressor a custear o fazer pode implicar na impossibilidade de se dar efetividade ao próprio direito ambiental. É por isso que não temos dúvida em admitir que, nesses casos, o autor pode pedir ressarcimento na forma específica com base no art. 84 do CDC, requerendo fazer sob pena de multa.

Deixe-se claro: a obrigação de indenizar não pode ser confundida com a de custear o ressarcimento na forma específica. A indenização constitui *resposta* a uma opção de *forma* de ressarcimento (o ressarcimento *pelo equivalente*), enquanto que o pagamento das despesas relativas ao fazer é somente *meio* para a obtenção do ressarcimento na *forma específica*. A diferença entre *resposta e meio* permite concluir que a obrigação de indenizar *responde* ao direito ao ressarcimento pelo equivalente e que a obrigação de custear é simples meio para se *responder* ao direito ao ressarcimento na forma específica.

O reflexo dessa distinção está em que a obrigação de custear a reparação é mera obrigação acessória, ou melhor, obrigação instrumental à obrigação de ressarcir na forma específica. Por ser obrigação instrumental, *o tempo da sua implementação deve ser condizente com a necessidade da realização da obrigação principal. Ora, a multa é o único meio executivo capaz de compelir o infrator a custear tempestivamente o fazer.*

Não há sentido em obrigar o titular do direito ao ressarcimento na forma específica a cobrar do infrator, por meio da execução por expropriação, o valor despendido com a reparação. Isso seria o mesmo que concluir que o processo civil extinguiu o direito ao ressarcimento na forma específica.

A situação muda um pouco quando o infrator tem a obrigação de entregar coisa em substituição à destruída. Quando o infrator possui a coisa no seu patrimônio, basta a busca e apreensão. Entretanto, quando a coisa está em patrimônio alheio, certamente não há como pensar em busca e apreensão.

Mas se a obrigação é de reparar mediante a entrega de coisa, o fato de a coisa estar em patrimônio alheio ao do devedor não extingue sua obrigação. O infrator deve entregar a coisa, e não obrigar o titular do direito ao ressarcimento a retirar, via execução forçada, dinheiro do seu patrimônio, até porque isso seria admitir a transformação do direito ao ressarcimento na forma específica em direito à indenização.

Se é inquestionável o dever do infrator entregar a coisa, é inevitável perguntar como obrigá-lo a assim proceder. Não há como não admitir o emprego da multa. Tal conclusão encontra fundamento no direito ao ressarcimento na forma específica, no direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, e na adequada interpretação do art. 461-A do CPC. Essa norma, como já foi dito, é apenas fonte de técnica de tutela, devendo ser lida à luz do direito material e da Constituição Federal.

4 O devedor que se diz inadimplente e os evidentes sinais de sua riqueza

Há casos em que o devedor não nomeia bens à penhora, o credor não consegue localizar bens penhoráveis, mas há sinais evidentes de que o devedor vive como uma pessoa que possui patrimônio. Trata-se da hipótese em que o devedor institui o que se chama de “testa de ferro”, ou interposta pessoa como titular de patrimônio que é seu.

Nesse caso, o devedor, para escapar de sua responsabilidade, transfere o patrimônio para pessoa que não teve qualquer ligação com a dívida. Nos dias atuais, isso é lamentavelmente freqüente. Tal fato tem se tornado comum pela razão de que os maus devedores realmente acreditam que, procedendo dessa forma, ficam com os seus patrimônios imunes. Ou melhor: *é a certeza de que o direito é incapaz de lidar com situações dessa espécie que estimula o devedor à fraude.*

Se a doutrina e os juízes continuarem a fechar os olhos para essas situações, estarão colaborando não só para o descrédito no direito, como também para a desesperança em relação ao próprio Poder Judiciário.

É certo que é difícil descobrir que o devedor instituiu pessoa como titular de patrimônio que é seu. Porém, a dificuldade dessa prova não pode importar na inércia do judiciário ou na

impossibilidade do credor investigar a real situação financeira do devedor. Isso seria tudo o que desejariam os que pretendem a fraude.

Se o devedor reside em casa sofisticada, dirige automóveis de luxo, ou mesmo se porta como proprietário da empresa de que afirma ser mero empregado, o credor deverá ter solicitado ao juiz requisição ao Banco Central a respeito de suas eventuais contas correntes ou aplicações em dinheiro. Porém, se ainda assim nada for encontrado, poderá ser requerido que o devedor justifique tais sinais de riqueza, sob pena de multa. Mantendo-se o devedor inerte, o direito de justificativa restará precluso, e assim caberá a ordem de pagamento sob pena de multa. *Não ocorrendo o pagamento, a penhora poderá alcançar qualquer valor em dinheiro ou bem em nome do devedor, pouco importando se poderiam ser ditos impenhoráveis – antes de ter sido conferida a ele a possibilidade de justificar os sinais de sua aparente riqueza.*

A multa, no caso, *deverá ser fixada em valor expressivo*, para que possa realmente intimidar o devedor. Não importa que a legislação processual não preveja a possibilidade do uso dessa multa, porém apenas autorize a do art. 601 do CPC. *Essa multa está implícita no direito à efetividade da tutela jurisdicional e nos poderes de execução do juiz.* Ora, se a multa e perda do direito à impenhorabilidade são as únicas saídas para obrigar o devedor a justificar o seu patrimônio ou a pagar, é evidente que o seu fundamento está na própria Constituição Federal, pouco importando se o legislador deixou de atuar. Como é evidente, *não é porque o legislador se calou a respeito de técnica fundamental para a efetividade do exercício da jurisdição, que o juiz deverá assistir a deslegitimação do Poder ao qual pertence e possui o dever de fazer efetivo.*

5 Os arts. 600 e 601 do CPC. A multa para compelir o devedor a indicar bens à penhora

Segundo o art. 600 do CPC, “considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que”: “IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução”. Esse artigo prevê, claramente, o dever do devedor indicar o local em que se encontram seus bens. A intenção dessa norma, como é óbvio, é permitir a penhora de bens suficientes para o credor poder satisfazer o seu crédito. Assim, o dever de indicar o local em que se encontram os bens sujeitos à penhora traz implícito não só o dever de observância da ordem do art. 655 do CPC - que faz referência, em primeiro lugar, ao dinheiro -, como também o dever de atribuir valor a esses bens (art. 655, V, CPC).

Não há racionalidade em estabelecer ordem para a nomeação de bens, e concluir que o devedor pode indicar qualquer bem à penhora. Por esse motivo, caso o devedor não proceda

conforme o acima exposto, estabelece o art. 601 do CPC que o juiz tem o dever de multá-lo “em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”.

Como se vê, o CPC, na forma em que é redigido atualmente, prevê expressamente o dever de o juiz multar o devedor que não indica, *na ordem legal* do art. 655 do CPC, bens à penhora suficientes para a satisfação do crédito. Acontece que tal multa é vista como pena, isto é, como sanção pecuniária contra o devedor que comete ato atentatório à dignidade da justiça.

Porém, a multa civil *tem dupla feição, pois pode ser vista como sanção e como mecanismo coercitivo*. Ou seja, se é certo que a multa pode ser utilizada como sanção, é também verdade que o devedor, ao saber de antemão que poderá ser sancionado caso não se comporte de maneira adequada, será constrangido a atuar da forma desejada pelo sistema. A possibilidade de sanção constitui sempre uma ameaça, Ou ainda melhor: a previsão de multa pode se concretizar em sanção, *mas é sempre meio de intimidação*.

Se é assim, não há como não concluir que, diante do próprio sistema processual *posto*, o juiz deve advertir o devedor, já por meio do mandado de citação, que, em caso de não pagamento, devem ser nomeados bens suficientes para satisfazer o crédito, observada a ordem do art. 655 do CPC, *sob pena de multa a ser fixada em até vinte por cento do valor do débito atualizado, conforme o art. 601*.

6 Proposta de lege ferenda. A multa para compelir ao pagamento da soma em dinheiro

Note-se que o atual sistema processual dá ao condenado a oportunidade de “pagar ou nomear bens à penhora” (art. 624, CPC). Admite-se *que o devedor possa nomear bens à penhora ainda que sem embargar e sem demonstrar que não possui dinheiro para pagar*. Nesse caso, o credor fica obrigado a passar pelas fases do procedimento por expropriação para ter o seu crédito satisfeito.

Porém, não é racional dar ao devedor a oportunidade de nomear bens à penhora sem justificar a impossibilidade do pagamento em dinheiro. Não há como explicar que o devedor tem essa opção à custa de ter o vencedor – aquele que obteve a sentença de procedência - *que suportar a demora e o custo do procedimento da execução por expropriação*. Assim, a possibilidade de nomeação de bem à penhora, *deveria exigir do devedor prova da não existência de dinheiro penhorável*.

Dessa forma, a multa passa a recair sobre o devedor que não pagar e não apresentar *prova da não existência de dinheiro penhorável*. Sublinhe-se que a multa do art. 601, especialmente na sua percepção atual, não serve como meio de intimidação do devedor. Em primeiro lugar porque o devedor, na maioria das vezes (como leigo que é), sequer sabe que poderá ser penalizado – daí o motivo para a insistência, no item anterior, de que o juiz, no mandado de citação, advirta o devedor da necessidade de nomear bens à penhora de acordo com o art. 655, *sob pena da incidência da multa do art. 601*. Em segundo lugar porque a multa intimidatória, para ser eficaz, não pode ter limite pré-fixado, especialmente em patamar tão insignificante quanto o de dez por cento, previsto no art. 475-J do Anteprojeto.

É necessário dar ao juiz o poder de ordenar, sob pena de multa a ser fixada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que o réu pague o valor estabelecido na sentença ou, querendo, apresente justificativa da impossibilidade de fazê-lo.

De acordo com o Anteprojeto, a defesa (dita impugnação) não deve ser recebida, em regra, no efeito suspensivo. No Anteprojeto, a “impugnação” *somente terá efeito suspensivo* quando, além de ter relevantes fundamentos, o rosseguimento da execução for “manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano, de difícil ou incerta reparação” (Anteprojeto, art. 475-M).

Ou seja, o sistema da suspensão – considerado o dos atuais embargos - passa a ser inverso no Anteprojeto. A suspensividade, que atualmente é absoluta, passa a ser exceção. A não suspensividade da impugnação contribuirá para desestimular o desejo meramente protelatório do vencido.

A não-suspensividade da defesa é intimamente ligada a efetividade da multa. Se o efeito suspensivo da defesa constituir a regra, e assim suspender a possibilidade da prática de qualquer ato executivo na sua pendência, a apresentação da defesa será suficiente para retirar da multa sua eficácia.

Porém, mesmo que deferido o efeito suspensivo, o Anteprojeto admite que o exequente possa prosseguir com a execução mediante a prestação de “caução suficiente e idônea” (art. 475-M, §1º). Nesse caso, a prestação da caução elimina qualquer suspensividade, pois se passa a admitir que, com garantia suficiente e idônea, a execução atinja o seu último estágio, conduzindo à satisfação do direito.

O Anteprojeto exige que o devedor - que possui dinheiro penhorável – indique à penhora “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação financeira” (Anteprojeto, art. 655-A). Aliás, confere-se ao próprio credor o direito de pedir que, caso não realizado o pagamento, a penhora recaia em dinheiro depositado em conta corrente ou aplicação em instituição financeira. E o art. 655-A, *caput*, do Anteprojeto, estabelece que o juiz deve, diante de fundado requerimento do

exeqüente, requisitar aos bancos por esse indicados informações sobre a existência de ativos em nome do executado, “podendo no mesmo ato determinar a sua indisponibilidade por determinado prazo; as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito até o valor indicado na execução”.

É claro que essa norma só constitui resposta aos casos em que o credor conhece a instituição financeira em que o devedor mantém conta corrente ou aplicações em dinheiro. Como o direito à satisfação do crédito nada tem a ver com esse prévio conhecimento – que pode ser acidental -, há evidente direito de requerer que o juiz requisite ao Banco Central informações a respeito do local em que o devedor possui dinheiro depositado, observando-se a parte final do referido art. 655-A do Anteprojeto, que diz que “as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução”.

A possibilidade de aplicação da multa, *aliada à consciência do juiz em relação ao seu poder executivo*, certamente dissuadirá o inadimplemento da sentença. *Perceba-se que se o devedor não pagar, e mais tarde se descobrir a existência de dinheiro penhorável, a multa evidentemente deverá incidir.*

Esse sistema forçará o devedor a cumprir as decisões do juiz, estimulando o seu adimplemento sem a necessidade da execução por expropriação, e de todos os problemas a ela inerentes, como custo, tempo do processo e acúmulo de serviços judiciais. Somente assim existirá valor na sentença. Perceba-se que o principal valor da nova sentença não pode ser a simples dispensa da ação de execução, mas sim a eliminação da necessidade da execução por expropriação – evidentemente que quando isso for possível. Preservar o sistema único da execução por expropriação, transformando a ação de execução em fase executiva, significa quase nada diante daquilo que pode ser obtido com o uso da multa.

7 A multa não pode incidir em relação ao demandado destituído de patrimônio

Tal multa – pensada *de lege ferenda* – não pode incidir sobre o devedor que não possui patrimônio. Como já foi dito, o devedor deve ser intimado para pagar ou apresentar justificativa da impossibilidade de fazê-lo. Porém, essa impossibilidade - como agora fica mais claro - poderá ser de pagar ou de nomear bem à penhora.

Se não ocorre o pagamento nem a justificativa, a multa incide sobre o valor do débito. Contudo, se a multa é resposta ao direito à efetividade da tutela jurisdicional, a impossibilidade da

sua incidência, no caso em que o devedor não possui patrimônio, é consequência absolutamente racional e de acordo com os valores da Constituição Federal.

No caso em que o devedor não possui patrimônio, a possibilidade do uso da multa está eliminada. Alguém poderia dizer que a aplicação da multa seria inócua no caso de ausência de patrimônio, e que, portanto, essa discussão não teria utilidade. Acontece que, se o valor do débito puder ser aumentado com a multa, o valor final encontrado será, em tese, exigível, e assim poderá ser praticamente realizado caso o devedor adquira patrimônio.

Contudo, não há procedência em admitir que o valor da multa possa ser retirado de patrimônio *que venha a ser adquirido pelo devedor*, pois a multa tem por objetivo *intimidar o devedor a pagar – considerado o seu patrimônio atual – e não castigar o devedor que não possui patrimônio no momento em que o crédito é exigido*.

É por essa razão que o devedor deve ter a oportunidade de justificar o não pagamento. Nessa justificativa, o executado deverá apresentar relação do seu patrimônio e rendimentos, inclusive a situação das suas contas bancárias, bem como os motivos que justificam o não pagamento da soma em dinheiro e as provas que demonstram a veracidade de suas alegações. Diante disso, *o juiz tem o poder-dever de requisitar informações a quaisquer órgãos públicos e/ou privados, tais como Receita Federal, Banco Central, bancos privados, empregador e outras empresas com as quais o devedor mantenha vínculos*.

Para resumir: o réu deve ser intimado para pagar sob pena de multa. Para que a multa não incida no caso de não pagamento, o devedor deve *justificar* que não é titular de dinheiro penhorável – caso em que deverá indicar outro bem de sua propriedade – ou que não possui patrimônio algum. Considerando que a apresentação de “impugnação” (defesa), no Anteprojeto, *não tem efeito suspensivo*, o credor poderá ter interesse no prosseguimento da execução sobre dinheiro. Assim, poderá requerer ao juiz, depois de apresentada a impugnação e indicado bem imóvel (por exemplo) à penhora, requisições de informações a bancos ou ao Banco Central; nesse caso, descoberta a existência de dinheiro penhorável, a multa incidirá contra o executado. Frise-se que, na hipótese em que o executado indicou dinheiro desde logo, ou mais tarde foi descoberta a sua existência, a execução poderá prosseguir, desde que prestada caução “suficiente e idônea” (Anteprojeto, art. 475-M, §1º).

8 Os poderes de execução do juiz e o resguardo da intimidade do devedor

Não é incomum se pensar que o credor, ou mesmo o juiz de ofício, não podem solicitar informações à Receita Federal, ao Banco Central ou aos bancos e empresas privadas, em razão da necessidade de resguardo ao direito de intimidade do devedor. Na realidade, os bancos, para manterem os depósitos de seus clientes – e não por estarem preocupados com o resguardo de qualquer direito de intimidade –, negam-se a fornecer informações a respeito de dados bancários sob o argumento de que devem garantir o sigilo bancário.²²

²² Registre-se a seguinte passagem da brilhante dissertação de mestrado apresentada por Luis Sergio Langowski na Universidade Federal do Paraná: “O que se questiona é até que ponto o sigilo dos dados e informações que as instituições bancárias possuem a respeito de sua clientela constitui mecanismo de defesa da vida privada e da intimidade, levando-se a considerá-lo, portanto, um direito fundamental constitucionalmente garantido, sem possibilidades de ser excepcionado por qualquer legislação infra-constitucional. Afirma-se que através da conta bancária e das operações realizadas com a intermediação financeira se é capaz de visualizar parcela importante da vida do indivíduo. Disto não se duvida. Mas também não se duvida que parcela importante da vida do indivíduo é pública, ou pelo menos acessível ao público, e isto, embora possa ser motivo de acentuada crítica, é resultado da vida em sociedade e, em especial, de sociedade com preponderante vida urbana, onde o encontro, cruzamento e intercâmbio de relações acabam em larga medida ‘publicizando’ a vida dos indivíduos. Grande parcela de nossos atos são inevitavelmente públicos no sentido de estarem ao alcance do conhecimento alheio. A defesa contra esse processo, se radicalizado, levaria o sujeito a uma vida de ermitão, isolado e igualmente desumanizado, na medida em que também é social a identidade dos seres humanos, que uma vez subtraídos do ambiente coletivo perdem sua natureza humana. Assim, sobre uma significativa parcela de sua vida o indivíduo não possui meios de controlar as informações a seu respeito, na medida em que elas circulam através dos intercâmbios que a vida social implica. Obviamente que restaria ainda um relevante âmbito de informações acerca de sua vida que poderia ser mantido fora do alcance das demais pessoas ou, pelo menos, de exercer sobre elas um controle de modo a restringir o alcance do conhecimento de terceiros. A doutrina jurídica que defende a tese de que o sigilo bancário é mecanismo de proteção da vida privada e da intimidade, entende que as informações detidas pelas instituições financeiras constituem-se exatamente de informações desta natureza. Com o devido respeito, ousa-se discordar. (...) Os fatos da vida de uma pessoa não possuem uma ‘natureza’ privada por si mesmo. É o comportamento do sujeito em relação a tais fatos que os torna públicos ou privados. Embora se possa reconhecer que determinados fatos e situações possuam uma tendência, até mesmo cultural, de serem mantidos em reserva e, portanto, constituírem o âmbito da vida privada e da intimidade (ex. situações familiares, amorosas, etc), isto não significa que só por isto assim devam ser tratados. Existem indivíduos que não se importam em expor publicamente situações que outros, inevitavelmente, manteriam em reserva ou até mesmo em segredo. Portanto, pode-se afirmar que através do exame da movimentação bancária se é capaz de conhecer fatos da vida do sujeito, mas não necessariamente de sua vida privada e íntima, pois, somente teriam esta natureza aqueles fatos acerca dos quais houvesse a intenção de mantê-los afastado do conhecimento

Não tem cabimento pensar que não é possível requerer informações ao Banco Central ou à Receita Federal quando o objetivo for o de “localizar bens a serem penhorados”.²³ Quando o devedor, devidamente citado, deixa de nomear bens à penhora, e assim violenta o direito do credor e desconsidera o Poder Judiciário, o credor pode imediatamente requisitar informações ao Banco Central a respeito de depósitos em dinheiro em nome do devedor. Porém, a requisição à Receita

alheio ou, ainda, sobre os quais se pudesse exercer o controle sobre quem os conheceria. A indagação que se faz é se uma pessoa que fornece à instituição financeira uma série de dados e informações a respeito de sua vida pode alegar que tinha a intenção de mantê-los em sigilo ou reserva? Poder-se-ia dizer que sim, pois se o banco possui a obrigação de manter sigilo sobre tais informações, restariam elas reservadas. Aqui, inicialmente cabe fazer um reparo à expressão ‘sigilo’ bancário. A expressão vernacular ‘sigilo’ indica algo que tenha características de segredo, de algo que ninguém ou pouquíssimas pessoas conhecem, apenas aquelas do círculo de relação próximo do sujeito, detentoras da sua mais absoluta confiança. Ora, a instituição financeira não pode ser assim considerada. A instituição financeira é constituída por dezenas de milhares de pessoas, seus empregados, podendo todos terem acesso àquelas informações que seriam ‘privadas e íntimas’, sendo estranho enfim, rotular-se de sigilosa ou secreta uma informação que até dezenas de milhares de pessoas podem conhecê-la. (...) Outrossim, nas discussões a respeito de supostas ofensas ao direito fundamental à vida privada e à intimidade da clientela bancária, em razão de eventual acesso às informações a seu respeito detidas pelos bancos, um aspecto sempre fica esquecido. Trata-se da questão dos limites a que as instituições financeiras deveriam estar submetidas relativamente à quantidade de informações que exigem de seus clientes como condição para realizar os contratos bancários. Em regra, a espécie e o volume excessivo de informações solicitadas é que podem caracterizar uma abusiva intromissão na vida privada e íntima do indivíduo. No entanto, esta circunstância não é assim considerada pelos bancos, nem pela doutrina jurídica, em geral mais atenta aos eventuais abusos daqueles que podem acessar as informações já reveladas pelas pessoas à instituição financeira, do que pelos excessos praticados por tais instituições no seu relacionamento com clientela consumidora dos seus serviços. Já foi dito anteriormente que a revelação de tais dados pessoais ao banco não pode ser vista apenas sob uma perspectiva individual de espontânea manifestação de vontade do cliente. Em geral, o cliente, ao procurar os serviços bancários, está de alguma forma e em variados níveis coagido por circunstâncias pessoais, profissionais ou sociais que impedem uma manifestação livre de sua vontade. A utilização de serviços bancários é em muitas situações sociais uma imposição da qual a pessoa não pode se evadir. Assim, não possui ela escolha entre revelar ou não dados de sua vida privada à instituição financeira, informações que, reitero-se, em geral são excessivas para as efetivas necessidades do contrato realizado”. (Luis Sergio Langowski, *Direito à intimidade e sigilo bancário* (Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2001), p. 193 e ss.

²³ STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Resp 192400, DJ de 05.02.2001.

Federal, para a descoberta de outros bens do devedor, somente poderá ser feita quando estiverem esgotadas as tentativas de localização de bens para penhora.

Ainda que se considere a existência de um direito fundamental ao sigilo de dados, o certo é que tal direito, diante do critério da proporcionalidade, cede ao direito fundamental do credor à efetividade da tutela jurisdicional, todas as vezes em que o devedor mantém posição de inércia, deixando de pagar ou nomear bens à penhora.

Ao não atender ao chamado judicial para pagar ou nomear bens à penhora, o devedor autoriza a requisição de informações ao Banco Central e a outros bancos em que possa ter dinheiro (penhorável²⁴) depositado. Sublinhe-se que, para *a requisição de informações ao Banco Central ou a outros bancos, o credor não precisa ter esgotado todas as atividades necessárias para a localização de bens penhoráveis*.²⁵ Por isso não há como aceitar a procedência de julgado do STJ que concluiu que “o juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal, ao Banco Central e às demais instituições detentoras de informações sigilosas sobre o executado, após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obtê-las para encontrar o executado e seus bens”.²⁶

Ao que parece, esse julgado esquece que o devedor possui a *obrigação* de nomear bens à penhora em obediência ao art. 655 do CPC, que prioriza, em seu inciso I, o dinheiro. Diante do descumprimento dessa obrigação, *viola-se o direito do credor de obter dinheiro para a satisfação do seu crédito. Afrontando o devido processo legal*²⁷, o devedor nega, por conseqüência, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.²⁸ Esse direito confere ao credor o procedimento

²⁴ Não é preciso lembrar que, nos casos de penhora de dinheiro, não podem passar despercebidas as restrições do art. 649 do CPC. Ademais, devem ser observadas as limitações indispensáveis a assegurar o pagamento das dívidas salariais e fiscais da empresa executada (nesse último sentido, o art. 655-A, §1º, do Anteprojeto).

²⁵ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, ROMS 8757, DJ de 01.07.1.999; STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fisher, HC 15753, DJ de 20.08.2.001.

²⁶ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, Resp 282717, DJ de 11.12.2.000.

²⁷ Recorde-se que não há devido processo legal somente para o réu, porém para ambas as partes.

²⁸ Como conclui Luciane Amaral Corrêa, “ocorre que o devido processo legal – e a conseqüente efetividade da prestação jurisdicional – não é princípio que se opere unicamente em favor do devedor, garantindo-lhe ampla oportunidade de defesa, inclusive anterior à penhora – exceção de pré-executividade –, *atingindo também o credor, que tem direito à efetiva satisfação do crédito que perfaz as exigências legais, sendo dever do Estado atender sua pretensão, de forma concreta e efetiva, a partir do momento em que assumiu o monopólio da jurisdição, o que também decorre do direito fundamental ao devido processo legal*” (Luciane

traçado pelo CPC para a execução por quantia certa – para não se falar que esse procedimento deve ser lido à luz do direito à efetividade do processo, o que obriga o magistrado a extrair das normas processuais a sua máxima potencialidade, para que então possa cumprir com o seu dever de dar efetiva tutela ao direito.

Se o devedor não nomeia bens à penhora, o credor passa a ter o direito de penhorar dinheiro. Para tanto, como lhe é quase impossível descobrir a instituição financeira na qual o devedor possui dinheiro depositado, deve pedir ao juiz que requisite informações ao Banco Central, ou, na hipótese em que souber, acidentalmente, o banco em que o devedor possui depósito, deve solicitar que o juiz requisite informações diretamente à instituição bancária. Lembre-se de que o credor não tem a possibilidade de requerer tais informações sem a intermediação do juiz.

Ainda que existam bens penhoráveis, o credor tem o direito de penhorar, diante da ordem legal do art. 655, dinheiro – que evidentemente jamais deixará de ser dinheiro por estar depositado em banco. Se é assim, pouco importa que existam bens além de dinheiro. Se o credor possui suspeita fundada de que o devedor possui dinheiro – que pode ser penhorado – depositado em banco, é claro que cabe sua penhora e, por esse motivo, requisição ao Banco Central ou determinada instituição financeira.

Como se vê, para que o credor tenha *preservado o seu direito ao devido processo legal*, lhe é imprescindível requerer informações sobre depósitos em dinheiro em nome do devedor. O credor tem a necessidade dessas informações para não ter negado o seu direito à efetividade da tutela jurisdicional. Essa necessidade deriva de ter o executado violado o seu dever *de nomear dinheiro à penhora*. Como essa necessidade é ligada à descoberta de *dinheiro*, não há como admitir a conclusão de que a possibilidade de requisição ao Banco Central somente surge *depois de esgotadas todas as tentativas de localização de bens do devedor*.

Aliás, ainda que o devedor tenha indicado bens móveis ou imóveis (por exemplo) à penhora, isso não impede que o credor, diante de fundada suspeita, solicite que o juiz peça informações ao Banco Central ou a outros bancos. É que aí, em virtude de razoável suspeita de violação ao art. 655, o credor passa novamente a *ter direito e necessidade* de informações bancárias.

Diante de seu direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, o credor pode ter a necessidade de descobrir dinheiro penhorável. Outra necessidade, a de descobrir bens penhoráveis, - quaisquer que sejam eles – somente aparece quando o devedor não localiza, por

Amaral Corrêa, O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processo de execução, *in A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado* (Organizado por Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 192).

meio do oficial de justiça, bens capazes de satisfazer o crédito. Ou seja, a requisição à Receita Federal a respeito de bens do devedor somente tem cabimento quando esgotados os meios ordinários para a localização dos bens. Não há justificativa em pretender informações a respeito da existência de bens passíveis *de fácil localização* pelo oficial de justiça. Nesse caso, não há como pensar que o credor tem *necessidade* de solicitar informações para a penhora de bens.

Frise-se, porém, que tais informações somente podem ser admitidas na *medida necessária* para a realização do crédito. É por essa razão que o art. 655-A do Anteprojeto afirma que, quando o juiz requisitar informações sobre a existência de ativos em nome do executado, “*as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução*”.

Não há motivo para que o Banco Central ou qualquer outro banco tenha que informar o valor que o devedor possui em conta corrente ou aplicação financeira, ou quais foram os seus últimos movimentos bancários. O interesse do credor é saber se o devedor possui depósito em valor *suficiente* para garantir a execução, e assim as informações devem se pautar nesse sentido. Em igual rota deve se guiar a informação solicitada à Receita Federal. Essa informação deverá se restringir apenas aos bens do devedor. O direito às informações não pode se transformar em expediente de investigação da vida do devedor. A sua legitimidade é condicionada à localização de dinheiro ou de bens suficientes para a satisfação do crédito.

É por isso que, no caso em que o devedor não indicou dinheiro à penhora, porém nomeou outro bem, não há razão para receio a respeito da possibilidade de requisição de informações ao Banco Central ou a bancos privados. Essa requisição deve ficar circunscrita à existência de dinheiro no valor do crédito do exeqüente. Se o devedor possui esse dinheiro depositado, a informação a seu respeito é plenamente justificável diante da flagrante violação do devido processo legal – a qual exige, inclusive, a sua penalização nos termos dos arts. 600 e 601 do CPC. Por outro lado, se a informação for no sentido de que o devedor não possui dinheiro, não haverá qualquer restrição a direito, uma vez que o devedor, ao não indicar dinheiro à penhora, já teria confessado não o possuir.

Por outro lado, a preservação da intimidade do devedor pode ser garantida através da aplicação de normas já consagradas no CPC. Assim, se uma “informação” contiver informações que desbordam a necessidade do exeqüente, deverá ser extraída uma suma para ser anexada aos autos, devolvendo-se ao respectivo órgão a integralidade da documentação apresentada (art. 363, parágrafo único, do CPC). Além disso, também para se preservar a intimidade, o processo, depois de prestadas as informações, deverá passar a correr em segredo de justiça,²⁹ aplicando-se o art. 155,

²⁹ Marcelo Guerra, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 159.

I, do CPC. Isso pelo motivo de que a informação é resposta ao direito do credor e, portanto, apenas a ele diz respeito.

9 A possibilidade de o juiz requisitar informações ao Banco Central por meio da Internet

Se a melhor forma de penhora é a de dinheiro, e se o dinheiro em regra é depositado em instituição financeira, não há dúvida que a descoberta do local em que o devedor possui dinheiro é fundamental para a efetividade da tutela pecuniária.

Para tanto, como já foi dito, deve o juiz requisitar informações ao Banco Central. Para legitimar e facilitar a possibilidade da busca dessas informações, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho da Justiça Federal firmaram convênio com o Banco Central, por meio do qual, magistrados com senhas cadastradas, têm acesso, através da internet, a um sistema de consultas - desenvolvido pelo Banco Central e chamado de “Bacenjud” - para a obtenção de informações sobre os eventuais depósitos bancários dos devedores.

Através desse sistema, é possível ao juiz encaminhar às instituições financeiras ofícios eletrônicos (via internet) contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras informações que vierem a ser definidas pelas partes.³⁰

Esse convênio, *legitimado* pela participação do Superior Tribunal de Justiça, além de colocar ponto final às discussões sobre a possibilidade de requisição de informações ao Banco Central, certamente terá o efeito salutar de convencer o devedor a adimplir, especialmente se ao não cumprimento for acrescida a pena de multa. Melhor explicando: o devedor, a partir do momento em que souber que basta um ofício eletrônico para a descoberta de dinheiro em suas contas bancárias, e

³⁰ No dia 25 de maio de 2003 foi veiculada a seguinte notícia no *site* do Superior Tribunal de Justiça: “Juízes Federais tem acesso *on line* às bases de dados da PF e do Bacen. O magistrado da Justiça Federal do Brasil pode ter acesso *on line* às bases de dados do Departamento de Polícia Federal e do Banco Central do Brasil – Bacenjud, mediante convênios firmados entre essas instituições e o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais e suas respectivas Seções Judiciárias. *Apesar da utilidade das informações que se pode obter com o acesso a esses serviços, muitos juízes federais não sabem da existência desses acordos de cooperação técnico-institucional que possibilitam o acesso aos sistemas da autoridade monetária, desde maio de 2001, e da Polícia Federal, desde agosto de 2002, com cadastramento prévio dos magistrados ...*”. (www.stj.gov.br).

que o seu inadimplemento conduzirá ao acréscimo do débito (em razão do valor da multa), certamente preferirá pagar imediatamente a *correr o risco* – que passa a ser *real* – *de ter que pagar com multa*.

10 A impossibilidade de abandono da execução por expropriação

A multa não é mero instrumento capaz de dar efetividade à execução por expropriação e, por isso, não deve ser pensada somente como meio para convencer o devedor a indicar bens à penhora, mas sim como algo que se destina a pressionar o devedor a pagar. Porém, a multa jamais foi vista – e nem poderia ser – como instrumento técnico capaz de eliminar a necessidade do uso da execução por expropriação.

O fato de a multa não poder ser reduzida a uma posição de mera coadjuvante da expropriação, não significa que tenha a possibilidade de ocupar o lugar dessa modalidade de execução.

O que se pretende, com a multa, é dar ao juiz a possibilidade de dissuadir o devedor de inadimplir. Porém, tal multa, em razão de sua natureza intimidatória, jamais poderá ser pensada *como suficiente para dispensar a necessidade da execução por expropriação*. Isso por uma razão lógica. É que a multa é intimidatória justamente pelo fato de que *apenas pode* conduzir ao adimplemento. Assim, a afirmação de que a técnica da multa não funcionará, porque poderá não levar ao adimplemento, é totalmente sem sentido. Ninguém nega que a multa poderá, em determinado caso concreto, não conduzir ao adimplemento. Contudo, *não há como negar que a multa pode – em determinados casos - convencer o demandado a adimplir*. O argumento de que a técnica da multa não pode ser aceita porque pode não conduzir ao adimplemento é tão fraco que, se fosse admitido, também implicaria na eliminação da possibilidade do uso da multa em relação às obrigações de fazer fungíveis e às obrigações de entrega de coisa, pois tais obrigações também podem ser inadimplidas apesar da multa.

*Ou seja, ninguém nega que o valor da multa poderá ser cobrado através da execução por expropriação. A multa, não apenas em relação à obrigação de pagar, mas também diante das obrigações de fazer fungíveis e de entregar coisa, constitui apenas uma forma diferenciada de dar ao credor o seu crédito.*³¹

³¹ Sem razão, por isso, Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., p. 469-470.