

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUÇÃO EM DIREITO**

PAULO MARTINS DOS SANTOS

AS *ASTREINTES* E O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DO PROCESSO

FORTALEZA

2014

PAULO MARTINS DOS SANTOS

AS ASTREINTES E O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DO PROCESSO

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Área de Concentração: ordem jurídico-constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana

FORTALEZA

2014

PAULO MARTINS DOS SANTOS

AS ASTREINTES E O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DO PROCESSO

Aprovada em ____/____/____.

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Área de Concentração: ordem jurídico-constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Universidade de Fortaleza (Unifor)

Dedico esse trabalho ao amor da minha vida, minha esposa Lana Liz, que sempre soube me dar o carinho e o incentivo necessários para alcançar as mais significativas vitórias da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha família.

Aos meus colegas da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, fonte de intensos e profundos debates jurídicos.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

RESUMO

Trata de questões envolvendo a multa coercitiva (*astreinte*) à luz do direito fundamental à efetividade do processo. Propõe um método de interpretação do direito focado no dever do juiz de enfrentar todos os argumentos postos em debate pelas partes com especial relevância para a coerência das decisões judiciais. Analisa o conteúdo de alguns direitos fundamentais processuais. Analisa os aspectos conceituais, finalísticos e históricos da multa coercitiva. Analisa a previsão legal da multa coercitiva no Brasil e sua natureza jurídica. Expõe e critica os principais argumentos utilizados para destinar o crédito da multa coercitiva ao autor da demanda e ao Estado *lato sensu*. Analisa a viabilidade da cominação da multa coercitiva diretamente contra as pessoa jurídicas de direito público (Fazenda Pública) e diretamente contra o agente público. Expõe e critica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o destinatário do crédito da multa coercitiva. Propõe critérios para fixação e modificação do valor da multa coercitiva pelo juiz. Analise e critica os requisitos para execução do crédito da multa coercitiva, o rito a ser seguido, a defesa do executado nessa fase de execução e a relação desse crédito com as decisões posteriores do processo.

Palavras-chave: Multa coercitiva (*astreinte*). Crédito. Estado (Fazenda Pública). Autor. Agente Público. Fixação. Alteração. Execução.

ABSTRACT

It analyzes issues involving the fine for contempt of court (*astreinte*) under the fundamental right to the effectiveness of the process. It proposes a method of interpretation of the law focused on the duty of the judge to face all the arguments put forward for discussion by the litigants with special relevance to the consistency of judgments. It analyzes the content of some fundamental procedural rights. It examines the concept, the function, and the historical aspects of the fine for contempt of court. It analyzes legal provision of the fine for contempt of court in Brazil and its legal nature. It exposes and criticizes the main arguments used to allocate credit of the fine for contempt of court to the author or to the Treasury. It analyzes the feasibility of the fine the fine for contempt of court directly against the Treasury and directly against the public officer. It exposes and criticizes the precedente of the Superior Court of Justice on the matter. It proposes criteria for setting and modifying the value of the fine for contempt of court by the judge. It analyze and review the requirements for enforcement of the total amount of the fine for contempt of court, including proceeding, defendant's rights and the relation between the decision imposing the fine for contempt of court and the final decision of the case.

Keywords: Fine for contempt of court (*astreinte*). Credit. State (Treasury). Author. Public official. Setting. Change. Enforcement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 UMA PROPOSTA DE MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO	14
2.1 Texto e norma	14
2.2 O método clássico de interpretação.	17
2.3 A nova hermenêutica e a insubordinação da interpretação a um método científico	19
2.4. A necessidade de controle: uma proposta de método de interpretação	22
2.4.1 <i>O papel das regras e princípios no método proposto</i>	27
2.4.2 <i>Os postulados normativos da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade</i>	37
2.4.2.1 <i>Do postulado da ponderação ou sopesamento</i>	38
2.4.2.2 <i>Do postulado da razoabilidade</i>	39
2.4.2.3 <i>Do postulado da proporcionalidade</i>	42
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS	46
3.1 Os direitos fundamentais em sua dupla faceta (objetiva e subjetiva) e a constitucionalização do direito infraconstitucional (filtragem constitucional)	46
3.2 Alguns direitos fundamentais processuais e seu conteúdo	48
3.2.1 <i>Direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva</i>	48
3.2.2 <i>Direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais</i>	57
3.2.3 <i>Direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório</i>	61
3.2.4 <i>Direito fundamental à segurança jurídica: garantia constitucional da coisa julgada e sistema de preclusões</i>	64
4 ALGUNS ASPECTOS ESSENCIAIS PARA ADEQUADA COMPREENSÃO DAS QUESTÕES ENVOLVENDO A ASTREINTE	69
4.1 Conceito e finalidade	69
4.2 Origem histórica e previsão legal no Brasil	72
4.3 Natureza jurídica	75

5 A RELEITURA DE QUESTÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O CRÉDITO DA ASTREINTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O DESTINATÁRIO, O VALOR E A EXECUÇÃO.	81
5.1 O Estado como destinatário do crédito decorrente da <i>astreinte</i>	81
5.1.1 O tratamento da questão no direito comparado: as alternativas ao direito francês	82
5.1.2 A interpretação do art. 461, § 2º do CPC: necessidade de completa superação do vínculo entre a <i>astreinte</i> e a indenização	83
5.1.3 A interpretação do art. 35 do CPC: a irrelevância do elemento subjetivo da conduta do devedor	84
5.1.4 O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva: da indevida construção teórica acerca da destinação do crédito da <i>astreinte</i> ao autor e da celeridade processual	85
5.1.5 A vedação constitucional ao enriquecimento sem causa	89
5.1.6 A aplicação dos postulados normativos da proporcionalidade e da ponderação	95
5.1.7 A analogia com a multa coercitiva prevista no processo coletivo	101
5.1.8 O destinatário da <i>astreinte</i> nas demandas envolvendo o Estado como réu	106
5.1.8.1 Da impossibilidade de o Estado ser o destinatário da multa coercitiva: necessidade de direcionamento da multa para o agente público.	108
5.1.8.2 Alguns óbices ao direcionamento da multa ao agente público: a necessidade de releitura do contraditório como contraditório cooperativo.	111
5.1.9 Análise de um julgamento do STJ: o REsp 1.006.473/PR	119
5.2 O valor da <i>astreinte</i>	126
5.2.1 Critérios para fixação do valor da <i>astreinte</i>	126
5.2.1.1 A limitação do valor das <i>astreinte</i> no Juizado Especial e por meio de prévio acordo entre as partes	131
5.2.2 A modificação do valor das <i>astreintes</i>	135
5.2.2.1 A alteração do valor da <i>astreinte</i> e o comportamento do autor	140
5.3 A execução do crédito da <i>astreinte</i>	143
5.3.1 A necessidade de submissão ao regime da execução de obrigação da pagar quantia certa	143
5.3.2 A certeza, liquidez e exigibilidade do crédito da <i>astreinte</i>	145
5.3.3 A defesa do executado na execução do crédito da <i>astreinte</i>: a	

<i>necessidade de flexibilização do art. 475-L, VI do CPC</i>	148
<i>5.3.4 A subsistência do crédito da astreinte em face da reforma, anulação ou revogação da decisão que a cominou.</i>	151
<i>5.3.5 A execução provisória do crédito da astreinte</i>	155
6 CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS	167
ANEXO	176

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça já teve a oportunidade de divulgar os dados referentes aos maiores litigantes do Judiciário brasileiro¹, constatando uma realidade que já era pressentida pela maioria dos operadores do direito: o Poder Público é o maior litigante da justiça brasileira.

Os números impressionam: o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é parte em 22,3% dos processos que correm perante a Justiça como um todo, e, na Justiça Federal, está presente em 43,1% das causas. Ainda no âmbito nacional, a Fazenda Nacional vem em terceiro, com 7,4% e a União em quarto, com 7%. Na Justiça do Trabalho, o maior litigante é a União, com 16,7% dos processos, enquanto o Estado do Rio Grande do Sul lidera na Justiça Estadual, com 7,7%. A pesquisa também aponta que os setores públicos federal e estadual figuram como réus em, respectivamente, 67% e 72% dos processos em que atuam.

Diante desse quadro, chamou a atenção a aplicação das multas coercitivas nos processos envolvendo o Poder Público.

Por ser o meio executivo mais utilizado nas execuções de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro, em virtude de estar expressamente regulado em lei - ainda que a regulamentação não seja de todo satisfatória - e por estar o Poder Público obrigado, nos termos da Constituição Federal e da legislação que a regulamenta, a concretizar um amplo rol de direitos fundamentais de cunho social, econômico e cultural², é notório que um grande número das demandas envolvendo o Poder Público como réu implica o uso da multa coercitiva.

Nesse contexto, salta aos olhos o fato de, sem expressa previsão legal e, geralmente, sem qualquer maior reflexão quanto ao ponto, a doutrina e a jurisprudência terem consolidado o entendimento de que o crédito decorrente da incidência da multa coercitiva deve reverter em favor do autor da demanda, o que

1 Os dados constam da pesquisa **100 maiores litigantes**, que está disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2011.

2 Esses direitos fundamentais, plasmados fundamentalmente no art. 6º e no Título VIII (Da Ordem Social) da Constituição Federal de 1988, são geralmente qualificados como direitos fundamentais de segunda geração, que “visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma obrigação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem” (BULOS, 2007, p. 104).

implica, tendo em conta que não é incomum o não cumprimento imediato pelo Poder Público das determinações judiciais, um quadro no qual há uma quantia considerável sendo dirigida do patrimônio público para o patrimônio dos autores das demandas.

Desse modo,, faz-se necessário empreender pesquisa para averiguar a correção desse entendimento principalmente em face da existência de um entendimento alternativo, segundo o qual o crédito da multa coercitiva deve ser destinado ao Estado.

A partir dessa questão, pode-se observar que outros temas envolvendo a aplicação das *astreintes* também são bastante controversos e, de certo modo, tocam com os fundamentos do instituto e com os argumentos utilizados na identificação do destinatário do respectivo.

Esses temas estão fundamentalmente relacionados à fixação e alteração do valor da *astreinte*, envolvendo questionamentos que tocam com a garantia constitucional da coisa julgada, e às questões envolvendo a execução do crédito da *astreinte*, em especial a sua subsistência diante de decisão posterior que reconhece a inexistência do direito do autor e a forma de sua execução, o que toca diretamente com a efetividade do instituto.

O raio problemático, portanto, parte de um enfoque sobre o destinatário do valor das *astreintes*, que nasce a partir da análise das demandas envolvendo o Poder Público, mas cujas conclusões não ficam limitadas a esse tipo de demanda, para abranger também os enfoques mais gerais atinentes à possibilidade de alteração do valor da multa e ao modo de execução.

Fica bem claro, portanto, que os problemas identificados na aplicação das *astreintes* têm grande relevância prática, dado o número de processos em que eles se põem, seja nas demandas envolvendo o Poder Público ou naquelas que envolvem exclusivamente os particulares.

No capítulo inicial, foi necessário um aprofundamento relacionado ao método de interpretação e aplicação do Direito, tendo em conta especialmente as imposições constitucionais referente ao trabalho do intérprete autêntico, o juiz. Esse aprofundamento levou à necessidade de proposição de um método que conjugasse a imposição constitucional de adequada fundamentação das decisões judiciais com a

necessidade de coerência (integridade) das mesmas. Em seguida, ainda nessa linha metodológica, foi essencial a análise conceitual das regras, princípios e postulados normativos, que tem tido especial relevância nos estudos metodológicos predominantes na prática jurídica nacional atualmente.

No capítulo seguinte, foram analisados os direitos fundamentais que têm relação direta com as questões em estudo, apontando quais são os efeitos que eles exercem na interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional que regula as *astreintes*.

Em seguida, foram objeto de consideração determinados aspectos essenciais ligados à multa coercitiva, tais como seu conceito, finalidade, origem histórica, previsão legal no Brasil e natureza jurídica.

No último capítulo foram analisados os principais temas relacionados ao crédito da multa coercitiva que estão a merecer uma releitura à luz do método proposto e do efeito horizontal dos direitos fundamentais aplicáveis, em especial o direito fundamental à efetividade do processo.

Nesse último capítulo, começou-se por confrontar os argumentos descortinados para defender tanto o autor como o Estado como titular do crédito da multa coercitiva, em especial aqueles referentes à leitura de alguns dispositivos pertinentes da legislação processual, ao tratamento do tema no direito comparado, ao direito fundamental à efetividade do processo, à ocorrência de enriquecimento sem causa, à aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, à aplicação da analogia com a regulamentação da metéria no processo coletivo e à aplicação da *astreinte* contra a própria Fazenda Pública. Foi feita, ainda, uma análise crítica do único julgamento do STJ em que a matéria foi objeto de enfrentamento mais detido.

Em seguida, foram objeto de estudo os principais problemas relacionados à fixação inicial do valor da multa coercitiva e à possibilidade de sua modificação, inclusive de modo retroativo, fazendo um confronto crítico dos argumentos envolvidos na questão.

Por fim, foram descortinados e enfrentados os principais problemas relacionados à execução do crédito da *astreinte*, em especial a precisa identificação da certeza, liquidez e exigibilidade que permitem sua execução, a subsistência do crédito fixado em decisão provisória diante de decisão posterior em sentido contrário

e a possibilidade de sua execução provisória.

Anote-se, por fim, que, ao longo do estudo, os termos *astreinte*, multa coercitiva e multa cominatória foram utilizados indistintamente como *nomen juris* do instituto em questão.

2 UMA PROPOSTA DE MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO

O primeiro passo para um adequado enfrentamento das questões objeto da presente pesquisa passa pela definição de um método de aplicação/interpretação dos textos normativos.

Considerando a questão sob o prisma da ciência do direito³, poderíamos partir para a simples esquematização/descrição do modo como o direito é interpretado/aplicado quotidianamente, na prática jurisprudencial e na doutrina. Essa postura, contudo, apesar de importante, é claramente insuficiente⁴.

É necessário propor caminhos para auxiliar a construção de uma prática jurídica correta, e não se limitar apenas a descrever, reproduzindo acriticamente o que vem sendo praticado, ainda que haja certo consenso implícito acerca da correção de alguma prática.

Dito isso, a presente pesquisa assume expressamente sua posição crítica com relação à prática jurisprudencial e doutrinária, especialmente no que toca à interpretação/aplicação do Direito, o que acarreta a necessidade de explicitar os pressupostos metodológicos utilizados.

2.1 Texto e norma

O texto do dispositivo legal e a norma não se confundem⁵. Essa simples afirmação não é de difícil demonstração. Basta nos debruçarmos sobre o art. 18, § 1º da CF/88 (“Brasília é a Capital Federal”) para ver que não há nenhuma norma que possa ser extraída desse texto. Nesse ínterim, é possível vislumbrar dispositivos dos

3 Vamos, nesse momento, passar ao largo da discussão acerca da caracterização do Direito como ciência, algo que é repellido, por exemplo, por Eros Roberto Grau (2006, pp. 104-108), que o qualifica como prudência.

4 Poder-se-ia qualificar essa postura como uma postura científica dogmática, que é objeto de intensa crítica por parte de Hugo de Brito Machado Segundo (2008), que corretamente ressalta a impossibilidade de existir um conhecimento científico dogmático. O importante, contudo, é frisar a existência de uma postura, dita científica, que enfatiza o aspecto meramente descritivo da prática jurídica existente, sem qualquer preocupação em apresentar propostas tendente ao seu aperfeiçoamento e eventual superação.

5 A diferença entre texto e norma é bem trabalhada tanto na doutrina nacional (cf. ÁVILA, 2009a, pp. 30-31; NEVES, 2013, pp. 1-11 e GRAU, 2006, pp. 85-87) como na estrangeira (GUASTINI, 2005, pp. 23-43).

quais é possível extrair mais de uma norma, assim como normas que são resultado da combinação de diversos dispositivos⁶.

O texto do dispositivo e a norma são realidades distintas, porém intimamente conectadas. Ambas são realidades linguísticas, ou seja, pertencem à mesma categoria ontológica. De uma para a outra, medeia o processo de interpretação⁷.

A norma é o resultado da interpretação de um texto. A interpretação é o processo por meio do qual busca-se a reexpressão do texto em outros termos, visando-lhe captar o sentido de modo mais preciso.

Nesse processo, é importante não perder de vista a razão de ser da existência dos textos normativos. Eles criam expectativas de conduta, pois são por si só portadores de conteúdo, de significado.

A partir do momento em que as sociedades passaram a se sofisticar, adotando relações cada vez mais complexas, o Direito passou a ser cobrado como instrumento que pudesse solucionar os conflitos decorrentes dessas relações de forma eficiente. Uma das maneiras encontradas para cumprir esse papel foi a adoção da legislação por meio de textos escritos, de caráter mais ou menos geral, solenemente estabelecidos: a lei moderna.

A lei moderna existe em função da sociedade moderna, que passou a exigir um instrumento em torno do qual pudessem ser criadas sólidas expectativas acerca do comportamento a ser adotado e, assim, fossem evitados conflitos ou fosse possível equacioná-los de maneira mais eficiente.

Assim, a lei moderna, que assume a forma de um texto solenemente posto, mais ou menos geral, existe para que os cidadãos possam saber, no trato jurídico cotidiano, com maior segurança, qual a conduta que deve ser adotada⁸.

6 Ricardo Guastini (2005, pp. 34-43) fala de a) uma única disposição a que corresponde mais de uma norma, que, contudo, se excluem mutuamente, b) uma única disposição a que corresponde um conjunto de normas associadas, c) duas disposições representando uma mesma norma, d) duas disposições representando um conjunto de normas que se sobrepõe em parte, e) várias disposições exprimindo uma norma, f) disposições sem normas e g) normas sem disposições.

7 Ainda Ricardo Guastini (*idem*, p. 28): “a disposição é um enunciado que constitui o objeto de interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes de interpretação”.

8 Como bem pontuado Rodolfo Luis Vigo (1998, pp. 502-504), a segurança jurídica exige do Direito uma série de características, valendo destacar, dentre elas, a determinação em geral dos direitos, deveres e permissões, a promulgação de regras jurídicas, o acesso fácil e permanente àquilo que é juridicamente determinado e a compreensão das determinações jurídicas. Ora, somente faz sentido falar nessas características se o texto normativo for capaz de antecipar

Essa fórmula se mostrou muito eficiente, mas não perfeita. Ela não foi capaz de domesticar todas as complexas relações jurídicas que podem ter vez na cada vez mais sofisticada sociedade de massa da atualidade.

A fórmula da lei moderna, portanto, se não se mostra perfeita, também não pode ser simplesmente negligenciada. O texto é a base do processo de interpretação e as expectativas geradas em torno do seu sentido não podem ser completamente ignoradas. O processo de interpretação não é completamente livre, nem pode sê-lo, principalmente tratando de norma jurídicas. É preciso ter em mente que a interpretação não pode criar a norma do nada, já que há um texto e toda sua carga semântica prévia, construída em torno das expectativas nele depositadas, que não podem ser simplesmente deixadas de lado.

Eros Roberto Grau (2006, p. 86) bem destaca a importância dos limites estabelecidos pelo texto, ao enfatizar o trabalho criativo do intérprete, não como um trabalho de criação absoluta, pois as possibilidades do texto constituem um limite que não deve ser transposto:

O intérprete produz a norma. Isso, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete, literalmente, *crie* a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele *produz* a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*.

O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (*a norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do *enunciado*.

A interpretação pode, e muitas vezes deve, levar à formulação de uma norma que não corresponda às expectativas de sentido inicialmente depositadas no texto. Essa possibilidade, contudo, não significa que deva ser sempre assim, e o mais importante, nesse caso, é controlar o modo como se dá essa formulação.

É importante, portanto, frisar que o texto da norma em si tem uma importância fundamental, pois antecipa sentidos, o que é essencial para a segurança jurídica enquanto previsibilidade de condutas, sendo também essencial a interpretação em si enquanto processo que releva o melhor sentido do texto, em busca da melhor norma para o caso, isso tudo, porém, sem descurar do fato de que o processo de interpretação tem que ser necessariamente controlado, sob pena de

sentidos e se os seus destinatários forem capaz de orientar sua conduta em torno desse sentidos sem que isso implique, posteriormente, a imposição de um sentido completamente diferente, imprevisível.

se consagrar a arbitrariedade na extração de sentido dos textos normativos.

No mais das vezes, essa arbitrariedade fica evidenciada quando, no debate acerca da interpretação de um texto normativo, saca-se o argumento de que o intérprete não pode ficar preso à literalidade com o sub-reptício objetivo de contornar a exigência de observância de um conteúdo normativo regularmente estabelecido pela autoridade competente, o que representa, em verdade, o disfarce ideal para a adoção de uma postura essencialmente anti-democrática. Lênio Luis Streck (2012, p. 35) identificou com precisão esse fenômeno:

Numa palavra final, não podemos admitir que, ainda nessa quadra histórica, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superção” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata da análise dos signos que compõe um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual o enunciado tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superção” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

O importante, em essência, é deixar assentado que a carga de sentido do texto abstratamente considerado, que poderá ser construída e reconstruída diversas vezes no processo de interpretação, especialmente à luz da situação concreta em discussão, possui grande relevância, não podendo ser simplesmente olvidada sem que isso seja feito por meio de um método racional, ao alcance de todos, no qual se demonstre a maneira como a carga de sentido inicialmente existente no texto se mostra inadequada, devendo ser superada por outra, também extraível do mesmo ou de outro texto normativo conexo, que se mostre a mais correta para a situação.

Para que possamos apresentar uma proposta de método que permita chegar a esse resultado, urge nos debruçarmos, ainda que ligeiramente, sobre as outras propostas de métodos já apresentadas e que não se mostraram suficientes ou não foram bem compreendidas/aplicadas.

2.2 O método clássico de interpretação.

A interpretação não é uma atividade puramente intelectual, portanto incontrolável. Ela é uma atividade discursiva, e, enquanto tal, pode e deve ser

submetida a controle por parte daqueles que dela participam.

A chamada hermenêutica clássica já tinha em mente a ideia de que a atividade interpretativa é uma atividade que deve ser controlada, motivo pelo qual reclamou a necessidade de submetê-la a um método, o método clássico de interpretação.

A bem da verdade, não chegou a haver consenso entre os teóricos quanto ao método a ser desenvolvido. Cada um frisou a necessidade de se adotar um critério diferente para chegar a melhor interpretação. É desse período que remota a formulação dos critérios clássicos de interpretação: literal, lógico, sistemático, histórico e teleológico.

O critério literal, por se prender demasiadamente ao sentido da palavra abstratamente considerada, bem como às regras gramaticais sobre a formação das orações, é o único cuja obsolescência pode-se reputar praticamente unânime. Merece transcrição os ensinamentos de Carlos Maximiliano (2006, p. 96) quanto à insuficiência da exegese verbal:

A letra não traduz a ideia, na sua integridade: provoca, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual semelhantes, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir. Eis porque a todos se antolha ineficiente, precária, a exegese puramente verbal. Basta recordar que às vezes se escreve capítulo extenso, e até um livro, para exprimir, o menos incompletamente possível, uma só ideia. Os vocábulos só designam a face principal, a propriedade mais visível de um objeto.

O critério lógico apela para a interpretação à luz da vontade por trás do texto normativo, o que abriu o campo para uma intensa discussão acerca de qual vontade deveria ser considerada: a vontade do legislador (corrente subjetivista) ou a vontade da lei enquanto entidade autônoma (corrente objetivista) (cf. FERRAZ JR., 2007, pp. 267-270 e BONAVIDES, 2004, pp. 452-456).

O critério sistemático propugna por uma leitura dos textos normativos à luz do demais textos normativos que compõe o sistema, partindo do pressuposto de que o sistema jurídico é completo, fornecedor de todas as soluções possíveis (dogma da completude), o que também é objeto de intensa discussão (cf BOBBIO, 1999, pp. 122-127).

O critério histórico aponta pela necessidade de se avaliar o texto à luz das circunstâncias históricas no bojo das quais ele foi produzido, enquanto o critério teleológico aponta para a necessidade de ter em mente a finalidade do texto, o

resultado social que se pretende obter através dele.

Esses critérios, contudo, na sua formulação clássica, não tem conversado entre si, o que leva a que, muitas vezes, a aplicação de um leve a um resultado diametralmente oposto àquele obtido através da aplicação de outro.

Nesse ponto, surge um choque que põe em risco a própria ideia de desenvolvimento de um método de interpretação: se não é possível estabelecer uma primazia de um critério sobre o outro, e se eles podem conduzir a resultados dissonantes, como estabelecer qual deve prevalecer? Qual o metacritério existe para essas situações?

Eros Roberto Grau (2006, pp. 108-109) tece crítica pertinente quanto a esse aspecto:

A reflexão hermenêutica repudia a metodologia tradicional de interpretação e coloca sob acesas críticas a sistemática escolástica dos métodos, incapazes de responder à questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido.

A existência de diversos cânones de interpretação, agravada pela inexistência de regras que ordenem, hierarquicamente, o seu uso, importa que esse uso, em verdade, resulte arbitrário. Esses cânones funcionam como justificativas a legitimar resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar, cujo alcance, porém, não é determinado mediante o seu uso. Funcionam como reserva de recursos de argumentação em poder dos intérpretes – e, ademais, estão sujeitos, também, a interpretação. Como nada fazem senão prescrever um determinado procedimento de interpretação, ele não vinculam o intérprete.

Em suma, a insubsistência dos métodos de interpretação decorre da inexistência de uma meta-regra ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada um deles.

Por não ter sido desenvolvido um metacritério – até mesmo porque, dada as intensas discussões sobre o *modus operandi* de cada um dos critérios, parece mesmo impossível determinar uma maneira de compatibilizá-los – os critérios clássicos foram objeto de ostensiva propaganda negativa, o que acabou por contaminar todo o debate acerca da necessidade de existência de um método, de um controle da atividade de extração de sentido dos textos normativos.

2.3 A nova hermenêutica e a insubordinação da interpretação a um método científico

Na toada do descrédito dos critérios clássicos de interpretação, a filosofia

passou a se debruçar sobre a hermenêutica não como uma atividade de descoberta de sentidos, mas sim como uma atividade de expressão do próprio ser.

A hermenêutica filosófica passou a defender que a atividade interpretativa não deve buscar o único sentido correto do texto, já que esse inexistente. Para ela, o sentido é inesgotável, não havendo como se falar em um único sentido correto. Não é possível, igualmente, controlar a atividade interpretativa a partir de um método semelhante àquele aplicado nas ciências da natureza.

Hans-Georg Gadamer (1997, v. 1, p. 31) é enfático quanto à inadequação da utilização do método científico na interpretação:

[...] Desde sua origem histórica, o problema da hermenêutica sempre esteve forçando os limites que lhes são impostos pelo conceito metodológico da moderna ciência. Entender a interpretação dos textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é a estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência – embora, sem dúvida, se trate aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição, não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e reconhecem verdades. [...]

Em verdade, Gadamer investe contra o método indutivo das ciências naturais, apregoando sua impertinência para a atividade hermenêutica, típica das ciências sociais ou do espírito (*idem*, pp. 39-47). Daí já não parece lícito concluir que o autor não propõe nenhum caminho para auxiliar a atividade hermenêutica em busca da verdade.

De fato, se o termo método for tomado no sentido estrito de método indutivo, utilizado principalmente no campo das ciências naturais, Gadamer rechaça sua utilidade para aplicação no campo hermenêutico, típico das ciências sociais. Isso não faz, contudo, com que ele não proponha caminhos a serem seguidos para que a atividade hermenêutica alcance a verdade, o que parece autorizar a conclusão de que ele propõe um método, pelo menos numa acepção mais larga do termo.

Gadamer enfatiza que o labor hermenêutico dá-se dentro do campo de compreensão do círculo hermenêutico, desenvolvido por Heidegger, buscando resgatar a importância dos preconceitos (conceitos prévios) e da tradição nessa atividade. Ele acaba traçando, assim, uma teoria da experiência hermenêutica (*ibidem*, pp. 400-556).

Ainda que frisemos que o caminho proposto por essa teoria não busca

uma verdade imutável, não estando amarrada a uma exigência metodológica prévia, é possível destacar que a tão só formatação de uma teoria esboça uma preocupação de sistematização do conhecimento que aponta, ainda que timidamente, justamente o contrário, ou seja, o cuidado em apontar um caminho mais seguro no desenvolvimento da atividade interpretativa, evitando a consagração do puro arbítrio e caos na matéria.

Porém, baseado na premissa de que a nova hermenêutica teria demonstrado que qualquer exigência metodológica deveria ser afastada, passou-se, pelo menos no campo jurídico, a grassar a incerteza na atividade de extração de sentido dos textos normativos, pois todos os caminhos são legítimos na busca da verdade, que sequer pode-se dizer que é única.

A assimilação dessa ideias, pelo menos na prática jurídica nacional, foi feita de maneira completamente irrefletida, sendo utilizada para defender a atribuição de qualquer sentido ao texto da norma, por mais esdrúxulo e estapafúrdio que ele fosse.

Na prática jurídica nacional, a invocação dos ensinamentos trazidos pela hermenêutica filosófica foi utilizada, no mais das vezes, para tentar legitimar o arbítrio do intérprete na atribuição do sentido que reputasse o mais conveniente ao texto, pondo em sério risco a ideia de direito enquanto instrumento vocacionado a proporcionar segurança.

Isso não passou despercebido por alguns estudiosos, como Inocêncio Mártires Coelho (2007, pp. 111), que observou:

No âmbito da hermenêutica jurídica, em geral, e da interpretação constitucional, em particular, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação deriva imediatamente do princípio da segurança jurídica, que estaria de todo comprometida se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.

Apesar dessa constatação, o autor não chega a se debruçar mais detidamente sobre esses parâmetros objetivos, o que ousaremos fazer a partir de agora mediante a proposição de um método.

2.4. A necessidade de controle: uma proposta de método de interpretação

O fato de se reconhecer a inesgotabilidade do sentido de um dado texto não conduz ao abando da busca de um método para a adoção da interpretação correta, ainda que vinculada a um dado espaço e momento, ou seja, a certas específicas condições históricas.

O texto não possui um significado imutável, mas, para dadas circunstâncias espaciais e temporais, pelo menos os textos jurídicos necessitam de um sentido único, eleito, ainda que não imutavelmente, como correto. Isso decorre da necessidade de segurança intrínseca ao direito enquanto prática social.

Aqui é necessário frisar que a proposta metodológica engendrada diz respeito à atividade do juiz enquanto intérprete autêntico, no sentido proposto por Hans Kelsen (2006, p. 387). Desse modo, as questões envolvendo o método proposto não têm como ser separadas das questões ligadas à fundamentação da decisões judiciais e à legitimidade da própria jurisdição.

Começa-se por frisar que a legitimidade da jurisdição e a argumentação são inseparáveis, entendendo argumentação - pelo menos num juízo prévio, pouco rigoroso - como a atividade destinada a demonstrar a racionalidade de uma tese⁹.

Luís Roberto Barroso (2009, pp. 340-341) bem destaca a relação entre a legitimidade da jurisdição e a argumentação:

O crescimento da importância da argumentação jurídica na hermenêutica e na filosofia do Direito tem motivações associadas à filosofia política e à filosofia moral. No plano político, o debate se reconduz à onipresente questão da legitimidade democrática da atividade judicial: na medida em que se reconhece que o juiz participa criativamente da construção da norma, o fundamento de sua atuação já não pode repousar exclusivamente no princípio da separação de Poderes. A argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do *auditório* passam a ser a fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral, já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca.

A atividade de demonstração da racionalidade de determinada tese se desenvolve em torno do enfrentamento dos argumentos favoráveis e contrários. Não basta arrolar um argumento favorável a uma tese e considerar que ela foi racionalmente demonstrada. É preciso enfrentar o argumento posto em sentido

⁹ Para uma análise mais aprofundada sobre as diversas teorias acerca da argumentação jurídica, cf. ATIENZA, 2003.

contrário, pois é justamente ele, muitas vezes desconstruindo o argumento favorável, que pode vir a demonstrar a ausência de racionalidade da tese.

Alguém poderia contestar dizendo que a discussão tenderia ao infinito, tendo em vista que, especialmente no Direito, há uma série quase infindável de argumentos e contra-argumentos que podem ser invocados em um debate.

Realmente, não se pode negar que muitos argumentos seriam afrontados por outros com igual teor de convencimento e racionalidade, o que poderia levar a um impasse. Mas a grande verdade é que a decisão judicial, a despeito da necessária racionalidade, também envolve doses de autoridade, de decisão. É justamente diante de dois argumentos de igual envergadura que essa autoridade tem que ser exercida.

Isso não justifica o abandono do debate e do confronto de argumentos. Muito pelo contrário: apesar de se basear também na autoridade, a decisão judicial necessita demonstrar que essa autoridade não está sendo arbitrariamente exercida, o que só é possível depois de enfrentar os argumentos envolvidos e, se for o caso, encontrar aqueles que, contrapostos, possuam a mesma envergadura, situação em que o exercício da autoridade deve ser feito de modo claro e expresso.

O método proposto poderia parecer insuficiente, já que efetivamente não parece haver como estabelecer uma hierarquia entre os argumentos que podem ser lançados no debate.

O importante, porém, é exigir que o julgador enfrente, expressamente, todos os argumentos e confronte-os com os argumentos contrários. Esse enfrentamento de modo algum pode se dar implicitamente, como se estivesse pressuposta a impertinência de determinado argumento. Ao intérprete autêntico cabe explicitar todos argumentos alinhados e confrontá-los, afastando aqueles incorretos ou, no limite, com base em sua autoridade, escolhendo um entre aqueles que se mostram de igual correção, sendo que, neste caso, também deve ser explicitada de forma clara e inequívoca a prevalência da vontade do intérprete.

No cotidiano da prática jurídica nacional, todavia, é possível ver com indesejável frequência a ausência do confronto de argumentos, do debate, da tentativa de demonstração da racionalidade das teses adotadas nas decisões judiciais, sendo um dos mais fortes indicativos dessa realidade o entendimento

jurisprudencial consagrado em todas as instâncias segundo o qual o juiz não está obrigado a responder os argumentos das partes¹⁰.

Não parece razoável concluir que, num Estado Democrático de Direito, no qual o juiz tem legitimidade na medida em que exerce sua vontade de decidir dentro dos limites da racionalidade do Direito, um profícuo debate possa ser simplesmente interdito mediante a singela alegação de que não há a obrigação de responder todos os argumentos das partes. O correto é justamente o contrário: o juiz está sim, por imperativo democrático e jurídico, obrigado a enfrentar todos os argumentos e contra-argumentos das partes.

Não são apenas as questões atinentes à argumentação que são problemáticas no descortinamento de um adequado método de interpretação. Outro grande problema liga-se à coerência das decisões judiciais.

Consideradas as decisões proferidas em casos praticamente idênticos, a incoerência da prática jurisprudencial nacional é flagrante, pois não há a mínima preocupação em manter a harmonia entre os julgados, construindo um entendimento isonômico, capaz de gerar previsibilidade, e, em consequência, segurança jurídica.

Marcelo Neves (2013, pp. 198-199) bem se apercebeu da inconsistência da prática jurisprudencial brasileira, tendo em conta especialmente a ausência de preocupação de manutenção de uma linha decisória coerente e uniforme:

Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente com relação ao manuseio dos princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também ao emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o “valor surpresa” das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias. Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos.

É preciso destacar, portanto, que é uma exigência jurídica e democrática, para além de uma exigência metódica, a necessidade de manutenção de uma

10 É pública e notória a existência desse prática, mas, para fins de registro, é suficiente transcrever o entendimento já consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, segundo o qual “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118)

prática decisional coerente. Lênio Luis Streck (2013, pp. 82-83), tratando dos princípios da hermenêutica constitucional, bem enfatiza a necessidade de manutenção da integridade e coerência do direito:

Como forma de estabelecer barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmatistas em geral, o respeito à integridade e à coerência engloba princípios (ou subprincípios que, por vezes, se confundem com “métodos” de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização*, o *princípio da eficácia integradora ou do efeito integrador*, o *princípio integrativo ou científico-espiritual* (Paulo Bonavides) e o *princípio da proporcionalidade* (alçado a essa categoria para resolver “colisão de princípios”, especialmente no plano da teoria da argumentação de Robert Alexy). Sua funcionalidade depende de outra garantia de cariz constitucional principiológico: a *da necessidade de fundamentação das decisões* (art. 93, IX, da CRFB), aqui alçada a dever fundamental do juiz e direito fundamental do cidadão.

A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos integrados ao conjunto do direito (Cf. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 176). Trata-se, pois, de “consistência articulada”. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o *ponto de vista objetivista*, pelo qual “o texto carrega consigo a sua própria norma” (lei é lei em si), como o *ponto de vista subjetivista-pragmatista*, para o qual – aproveitando a relação “texto-norma” - a norma pode fazer soçobrar o texto. Nesses casos – e estaríamos sucumbindo ao realismo jurídico – esse texto acaba encoberto não pela nova norma (sentido), mas, sim, *por outro* (novo) texto, o que pode facilmente ocorrer quando da edição de súmulas vinculantes. Ou seja, esse respeito à tradição, ínsito à integridade e coerência, é *substancialmente antirrelativista* e deve(ria) servir de blindagem contra subjetivismos e objetivismos. Na verdade, a tese hermenêutica da integridade coloca-se contra os dois polos do positivismo – e a feliz observação é de Blackburn (*Verdade*, *op. cit.*, p. 251): um polo é a visão positivista de que a prática legal é inteiramente ditada por fatos preexistentes, tal como estatutos e decisões em letra gótica que estão, por assim dizer, na folha, ou “simplesmente seja lá como for”; o outro polo, confusamente chamado de “realismo” na filosofia do direito, é, no fundo, o ponto de vista subjetivo ou puramente pragmático, segundo o qual o que os juízes e advogados fazem a nada corresponde, exceto às próprias percepções que eles têm das necessidades momentâneas da sociedade (ou até mesmo apenas às próprias necessidades dos juízes).

A integridade faz respeitar a comunidade de princípios, colocando efetivos limites às atitudes solipsistas-voluntaristas. O respeito à integridade, diz Dworkin, é uma forma de virtude política, exigindo que normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas de modo a expressar um sistema único e *coerente* de justiça e direito a um tratamento equânime (*fairness*) na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios. Essa circunstância, aliás, assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que princípios constitucionais transformam *em obrigação jurídica* um ideal moral da sociedade (lembrando, sobretudo, para tanto, o dizer de

Ralf Dreyer).¹¹

Para obtenção a manutenção da coerência, não é possível olvidar que a interpretação de um texto normativo não leva em conta apenas aquele específico texto, aquela específica oração constante de uma fonte, mas sim todo o Direito, ou seja, todos os demais textos normativos e as conexões de sentido implícitas no ordenamento como um todo.

Como bem frisa Eros Roberto Grau (2006, p. 132), o direito não se interpreta em tiras, mas sim em sua totalidade:

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto do direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.

Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo.

Os esforços metodológicos devem se concentrar, assim, em buscar analisar a solidez argumentativa da uma determinada tese, expondo com clareza os argumentos favoráveis e contrários envolvidos, destacando com precisão eventual momento em que a superação de um argumento se dê por ato de vontade do intérprete, tudo com especial relevância para análise dos diversos elementos que reclamam a adoção de um entendimento harmônico, capaz de manter a coerência do sistema.

11 Um pouco mais à frente, no mesmo texto, o autor indaga se integridade seria apenas coerência com um nome mais grandioso, ao que responde, com base nos ensinamentos de Dworkin: “Ele mesmo [Dworkin] responde que isso dependerá do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. Há um direito fundamental a um tratamento equânime. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios mais fundamentais da comunidade política como um todo. A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parece de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em busca de coerência com o princípio fundamental” (STRECK, 2013, p. 83). Não vemos razão para adotar o termo integridade e diferenciá-lo de coerência, dado que não há como defender uma coerência estática, infensa às naturais modificações do substrato fático sob o qual repousam os textos normativos.

2.4.1 O papel das regras e princípios no método proposto

Não é possível passar ao largo de toda discussão acerca de regras e princípios que tem grassado os trabalhos acadêmicos e a prática jurisprudencial no Brasil atualmente^{12 13}.

Para estabelecermos uma distinção útil entre regras e princípios é preciso começar por especificar o conceito de norma, especialmente norma jurídica.

Não são poucas as controvérsias envolvendo o conceito de norma jurídica tanto na doutrina brasileira (cf., p. ex., VASCONCELOS, 2002 e FERRAZ JR., 2007, pp. 93-254) como estrangeira (cf., p. ex., KELSEN, 2006; GUASTINI, 2005 e BOBBIO, 2005).

Para os fins do presente estudo, aderimos à posição de Robert Alexy (2008, p. 56), que enfatiza o aspecto semântico da norma para destacar que a norma é um “conteúdo de significado que inclui uma modalidade deôntica”. As modalidades deônticas básicas, ainda segundo o autor, são a obrigação, a proibição e a permissão (*idem*, p. 55).

Em termos mais simples, a norma jurídica é um enunciado que veicula uma obrigação, uma proibição ou uma permissão juridicamente protegidos, ou melhor, institucionalmente sancionáveis¹⁴.

Aqui é necessário fazer um corte, explicitando mais algumas premissas.

A norma é o resultado da interpretação de um texto normativo, conforme já reiterado. A norma corresponde ao significado que aponta para a conduta devida, autorizada ou proibida. Somente é possível falar em norma jurídica quando se é possível divisar com precisão, seja em concreto ou abstrato, qual é a conduta protegida/reclamada pela norma.

12 São vários os trabalhos desenvolvidos sobre o tema na doutrina nacional, merecendo destaque, seja pela vanguarda, seja pela qualidade, os de Paulo Bonavides (2004, pp. 255-295), Willis Santiago Guerra Filho (2005, pp. 67-73), Humberto Ávila (2009a), Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 43-64) e Marcelo Neves (2013). Na doutrina estrangeira podem ser citados como paradigmáticos quando ao tema os trabalhos de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2008).

13 Na doutrina nacional é importante destacar o trabalho de Eros Roberto Grau (2006, pp. 141-205) que, recentemente, foi objeto de completa reformulação pelo próprio autor, que passou a adotar posição diametralmente oposta àquela anteriormente defendida (2013, pp. 98-139), o que denota, em verdade, a complexidade do tema, que está longe de receber qualquer tratamento uniforme na doutrina ou na jurisprudência.

14 Acerca da sanção como elemento característico da norma jurídica, cf. VASCONCELOS, 2002, pp. 154-161. Acerca da sanção externa institucionalizada como elemento diferenciador entre a norma jurídica e as demais normas, cf. BOBBIO, 2005, pp. 159-162.

Nesse ínterim, não é possível apartar a interpretação do texto de sua aplicação a um caso, concreto ou abstrato, de modo que o correto é falar em interpretação/aplicação dos textos normativos. Nesse processo, que vai do texto à norma, tão relevante quanto os elementos normativos e linguísticos – os diversos textos de direito e suas conexões de sentido – são os fatos sobre os quais esses elementos se debruçam – sejam esses fatos concretos, postos à apreciação do juiz, sejam esses fatos abstratos, formulados pelos juristas para auxílio na construção das teses que desenvolvem. Os fatos influenciam a construção de sentido do texto da norma, ou seja, texto e fatos se interpenetram numa relação indivisível de interpretação/aplicação que resulta na norma, regente do caso em apreciação.

Quanto à impossibilidade de separação entre interpretação e aplicação, ensina Eros Roberto Grau (2006, p. 90):

Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário, se superpõem.

E sobre a interpretação dos fatos e sua influência no descortinamento do sentido do texto normativo, ou seja, no descortinamento da norma, prossegue o autor (*idem*, p. 97):

Ademais, vimos que interpretar o direito é *concretar a lei* em cada caso, ou seja, é *aplicar* a lei; daí dizemos que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado. Ora, sendo a *interpretação*, concomitante, *aplicação* do direito, deve ser entendida como *produção prática do direito*, precisamente como a toma Friedrich Muller, para quem inexistente tensão entre *direito* e *realidade*; não existe um terreno composto de elementos *normativos*, de um lado, e de elementos *reais* ou *empíricos*, do outro. Por isso a articulação *ser* e *dever-ser* (a relação *norma-fato*) é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática, e, por consequência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.

Isso significa – como linhas acima anotei – que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no *texto normativo* (mundo do *dever-ser*), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do *ser*).

Essa tese não é isenta de críticas. A principal delas diz com o fato de, se a norma jurídica somente é obtida ao final do processo de aplicação/interpretação do direito, não há que se falar em norma antes de findo esse processo. Assim, o

intérprete – em especial o autêntico, o juiz – não estaria submetido a controle por meio de normas durante a atividade interpretativa/aplicativa. Marcelos Neves (2013, pp. 8-9) enfatiza esse ponto nos seguintes termos:

[...] Se afirmarmos que a produção da norma só ocorre no processo concretizador, persistirá a questão de se os juízes e órgão competentes para a concretização normativa não estariam subordinados a normas antes de cada solução do caso. Pode-se cair em um realismo decisionista, se esses modelos não forem tratados com os devidos cuidados e, eu diria, com certas restrições.

Essas preocupações são procedentes, mas não parecem ser suficientes para afastar a correção da tese apresentada se tivermos em conta a necessidade de observância do método, que se impõe como exigência lógico-normativa.

Não se pode concluir no sentido de que a norma é resultado do processo de interpretação/aplicação dos textos normativos e fatos correlatos e permitir que o juiz realize essa atividade completamente livre de amarras, pois isto sim representaria decisionismo. Não se pode falar em norma jurídica antes da interpretação/aplicação, mas isso não implica reconhecer a ausência de vinculação do intérprete/aplicador a um método, que representa uma exigência igualmente intransponível em termos lógicos e normativos.

Se a norma jurídica somente surge ao final do processo de aplicação/interpretação do textos normativos e fatos correlatos, resta identificar se os princípios e regras seriam tipos de texto ou de normas?

Ana Paula de Barcellos (2008, p. 56) defende que os textos normativos – que ela chama de enunciado normativo, para diferenciá-los da norma – é que são qualificáveis como regra ou princípio:

[...] Com efeito, princípios e regras são categorias que procuram descrever enunciados que tem estruturas diversas. Quanto às normas, sua estrutura corresponderá em geral a uma *regra* equivalente ao resultado final de uma interpretação ou, eventualmente, de uma ponderação.

Em sentido contrário, Humberto Ávila (2009a, p. 34) afirma que a distinção entre regra e princípio não se pode dar a partir da análise do texto, pois esta é uma distinção entre tipos de normas, sendo que estas são construídas pelo intérprete:

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao

texto nem e ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete.

O problema da distinção entre a regra e princípio é um problema que se situa entre o texto normativo e a norma, ou seja, no curso do processo de interpretação/aplicação (concretização), como bem pontua Marcelo Neves (2013, p. 11):

[...] o problema da distinção entre princípios e regras (especialmente constitucionais) situa-se no plano da argumentação que se desenvolve no processo concretizador, em que se pretende determinar o conteúdo da norma a aplicar.

Para trabalhar a distinção entre princípios e regras, poderíamos partir da constatação de que, ao longo do processo de interpretação/aplicação, o intérprete atribui significados normativos provisórios (projetos de norma) ao texto e, num processo absolutamente não-linear, aperfeiçoa, construindo ou reconstruindo novos significados à medida em que contempla outros textos, os fatos relacionados ou os argumentos favoráveis ou contrários ao significado provisório encontrado.

Tendo em conta que o projeto de norma apresentado já dispõe da característica estrutural de ser uma prescrição, ou seja, uma obrigação, uma proibição ou uma permissão, é possível qualificá-lo como regra ou princípio com o objetivo não de encerrar o processo de interpretação/aplicação, mas sim de apontar uma trilha metodológica a ser seguida para confirmar o projeto normativo como norma ou para abandoná-lo, por inadequado, e recomeçar ou aperfeiçoar o processo, apresentando novos projetos.

É justamente tendo em mente essa situação que Humberto Ávila (2009a, p. 68) propõe uma distinção heurística entre regras e princípios, ou seja, uma distinção que leva em conta a necessidade de se trabalhar com hipóteses que vão sendo construídas e reconstruídas ao longo do processo de aplicação/interpretação da norma:

[...] a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como *modelo* ou *hipótese provisória* de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.

Cabe, então, indagar quando estamos diante de um projeto normativo que aponta uma regra e quando estamos diante de um projeto normativo que aponta um princípio, para, a partir daí, indagar qual o caminho a ser seguido para confirmação do projeto como norma.

Tem-se uma regra quando o intérprete aponta que a conduta juridicamente protegida pela norma proposta não foi por si estabelecida, mas sim por uma outra autoridade com legitimidade para tanto. Tem-se o princípio, por sua vez, quando o intérprete aponta que a conduta juridicamente protegida pela norma proposta foi construída por si próprio, a partir de uma legítima autorização do ordenamento para tanto, mas essa autorização não vem desacompanhada de uma série de diretrizes que devem ser necessariamente observadas.

Pode parecer incoerente a proposta apresentada com tudo o que foi dito acerca do trabalho criativo do intérprete na interpretação/aplicação dos textos normativos e dos fatos. Afinal, até mesmo quando se está diante de uma regra o trabalho criativo, de produção, da norma pelo intérprete se faz presente. O que deve se ter em conta, porém, é que, se o trabalho criativo do intérprete é determinante na construção da norma, não se limitando a reproduzir significados que existam previamente, no texto em si ou na realidade sobre o qual estes se debruçam, isso não significa que esses significados não existam e não representem um limite, uma imposição ao seu trabalho. Assim, ao trabalhar com regras ou com princípios o que vai ser determinante, em verdade, é a intensidade da colaboração do intérprete na construção da norma, que se faz mais limitada quando se está diante de regras e mais intensa quando se trabalham com princípios.

A proposta de distinção veiculada conscientemente abdica de uma tentativa de traçar uma diferença forte, estrutural entre regra e princípio¹⁵. A diferença apontada, em verdade, não foca no aspecto estrutural, já que a qualificação como regra ou princípio vai recair sobre um projeto de norma apresentado pelo intérprete, sendo que esse projeto, como já dito, tem uma

15 A distinção forte entre princípios e regras é tributária das contribuições de Ronald Dworkin (2002, pp. 23-125) e Robert Alexy (2008, pp. 85-179), mas é objeto de severa crítica, como se pode ver, na doutrina nacional, nas obras de Humberto Ávila (2009a, pp. 44-64, 65-68 e 97-91) e Marcelo Neves (2013, pp. 51-88). Vale destacar que o trabalho dos críticos também está sujeito a críticas específicas e fundamentadas, conforme se pode ver nas considerações de Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 56-64) sobre as conclusões de Humberto Ávila (2009a, *passim*) acerca da dimensão de peso das regras e da possibilidade de sua superação.

estrutura única, que é uma das três estruturas deontológicas básicas (proibição, permissão ou obrigação).

Assim, é o intérprete que vai qualificar o projeto normativo apresentado como regra ou princípio de acordo com a linha argumentativa que for desenvolver em torno dele, de modo que, a rigor, a distinção entre regra e princípio é uma distinção entre razões para seguir um ou outro caminho argumentativo no processo de interpretação/aplicação¹⁶.

Não é novo o reconhecimento de que a utilização de regras e princípios tem uma finalidade prioritariamente argumentativa, conforme coloca Paolo Comanducci (1998, p. 97):

No que se refere à fase de interpretação (e sua argumentação), se pode observar que a configuração de uma norma como princípio, por parte do intérprete, é geralmente funcional para a utilização de técnicas interpretativas e argumentativas que se consideram persuasivas se são empregadas sobre os princípios e não sobre as regras, e, ao revés, a não configuração de uma norma como princípio é funcional para rechaçar técnicas interpretativas e argumentativas que não se consideram “aptas” para os princípios mas apenas para as regras. Um único, e bem conhecido, exemplo: a configuração de uma norma como princípio serve para favorecer interpretações “adequadoras” do direito, e a desacreditar interpretações “literais”. Não configurar a mesma norma como um princípio tem efeitos exatamente opostos.

Luis Pietro Sanchis (1998, pp. 60-61) também chamou a atenção para o ponto, destacando que, no mais das vezes, não é o intérprete que se utiliza da ponderação quando está diante de princípios, mas por desejar realizar uma ponderação é que ele qualifica a norma como princípio:

Finalmente, em termos interpretativos a diferença é também clara: o conflito entre regras se resolve de modo distinto de como se resolve o conflito entre princípios. Mas note-se que aqui se vem a defender a existência de uma separação ao preço de reconhecer que não existe diferença alguma *antes* do processo interpretativo, mais em concreto, antes do conflito entre normas. Pois, em verdade, recorde-se que um enunciado normativo pode operar bem como regra, bem como princípio; com o qual a distinção se traslada da estrutura da norma para as técnicas de interpretação e

16 Não confundir com a qualificação de regras e princípios como razões apresentadas por Robert Alexy (2008, pp. 106-108). Neste caso, o autor tem em consideração que a decisão concreta é uma regra – tem estrutura de regra – que apresenta como razão ou uma regra que se qualifica como razão definitiva para a decisão, ou uma regra que é resultado da relação de preferência entre princípios colidentes, que são razões *prima facie*. Trata-se de enfoque na relação norma-norma (norma como razão para outra norma, sendo esta uma decisão concreta), sendo a norma-regra uma razão definitiva para se chegar à norma-decisão concreta, enquanto a norma-princípio é uma razão *prima facie* para se chegar à norma-decisão concreta que vai prevalecer sobre outras normas-princípios aplicáveis conforme a relação de preferência resultante do sopesamento. Enfatiza-se, no ponto, a relação lógica entre normas, focando o aspecto estrutural, enquanto, no texto, esse aspecto, como já dito, foi propositalmente deixado de lado.

justificação. Esta aceção não deixa de ser surpreendente também desde o ponto de vista da linguagem dos juristas, pois o que se vem a dizer é, não que um princípio se caracteriza por operar num marco de um conflito segundo a lei da ponderação, mas que, ao contrário, quando fazemos uso dessa técnica de solução de conflitos devemos dizer que aplicamos princípios.

Impõe-se reconhecer, portanto, que a distinção entre princípios e regras é um distinção que se presta a apresentar razões para uma determina linha argumentativa no plano da interpretação/aplicação dos textos normativos.

Dito isto, impõe reconhecer, de antemão, a impossibilidade de controlar a escolha do intérprete na qualificação do projeto normativo como regra ou princípio, o que não afasta, contudo, a necessidade de se reconhecer que a opção por uma ou outra qualificação implica a submissão a uma linha, um método argumentativo específico, sob pena de se consagrar um modelo irracional de puro decisionismo.

Se se opta pela qualificação da proposta de norma como regra, o intérprete está a dizer, como referido antes, que a conduta exigida para o caso não foi por si estabelecida, mas por uma autoridade exterior, sendo seu trabalho criativo mínimo, apesar de necessário. Nesse caso, o intérprete deve identificar expressamente qual é essa autoridade e, se for necessário, demonstrar em qual elemento do ordenamento positivo repousa a autorização a ela dada para estabelecer a conduta proposta como a juridicamente protegida. A partir daí, segue-se que passa a militar em favor da proposta todas as razões que apontam no sentido de que seguir uma regra é algo moralmente bom independentemente do fato de ter sido estabelecido por uma autoridade¹⁷.

17 Humberto Ávila (2009a, p. 112-114) deixa assentadas as razões, além do fato de provirem de uma autoridade, pelas quaia as regras devem ser seguidas: as regras pré-decidem os meios de exercício do poder, afastando a controvérsia e a incerteza, eliminam a arbitrariedade que pode surgir no caso de aplicação direta de valores morais e evitam problemas de coordenação, deliberação e conhecimento, contribuindo sua existência, em suma, para a preservação de valores caros ao ordenamento jurídico, como a segurança, a paz e a igualdade. Tratando das regras constitucionais, o autor apresenta uma síntese que merece transcrição: “A escolha constitucional por regras tem uma justificativa relacionada às suas funções: as regras têm a função eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos. Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e dos Poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum” (2009b, p. 4).

O processo de interpretação, contudo, não se encerra pela invocação de uma regra e a identificação da legitimidade da autoridade de onde proveio. O fato de o intérprete, em especial o autêntico, o juiz, ter chegado a uma proposta de norma qualificada como regra, identificando a autoridade da qual ela proveio e sua respectiva legitimidade, não o desobriga a olvidar os argumentos que podem ser alinhados em sentido contrário.

Ora, a atividade do juiz, que se dá num local especialmente formatado para o diálogo, qual seja, o processo, não o autoriza a desconsiderar os argumentos postos pelos sujeitos participantes, que podem assumir o ônus de desconstituir a proposta de norma que o juiz elegeu como correta.

A posição daquele que escolhe a defesa de um projeto de norma como regra é muito menos onerosa argumentativamente, militando a seu favor uma série de razões que apontam o motivo pelo qual seguir uma norma é a conduta correta em termos morais e jurídicos. Essa posição, contudo, não é inatacável.

Um dos sujeitos envolvidos na atividade processual pode optar por desconstruir a proposta apresentada como regra, mas para fazê-lo, tem que observar certos caminhos.

Um primeiro caminho seria apontar que a proposta de norma apresentada não é regra, mas sim princípio, e daí demonstrar que o raciocínio desenvolvido para chegar à conclusão pela regra foi falho, bem como não é possível seguir a linha argumentativa que se daria em consequência, devendo ser o caso de desenvolver a linha típica dos princípios.

Outra linha é justamente apontar falhas na construção do projeto a partir do texto e dos fatos do caso, mostrando porque o projeto que aponta a norma x, que é regra, está equivocado, já que deveria o texto apontar para a norma y, não x, que também seria uma regra. No curso desse raciocínio, em que seriam postos projetos diferentes, mas de mesma qualidade, o debate giraria em torno dos mais variados argumentos, ganhando especial relevância aqueles de ordem formal que a doutrina relaciona à solução de antinomias¹⁸.

18 Na proposta engendrada por Robert Alexy (2008), a aplicação de regras, se resultar no conflito com outra regra, “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” (p. 92). O próprio autor cita os critérios clássicos de solução de antinomia para definir qual das regras deve ser declarada inválida quando não é possível estabelecer a exceção (p. 93). Em verdade, parece que a inclusão da exceção, no conflito de regras, é decorrência da

No que toca aos princípios, o intérprete já parte de uma posição de maior ônus argumentativo. Como já ressaltado, apelar a princípios implica reconhecer que o intérprete tem papel decisivo na construção da conduta devida, de modo que ele deve iniciar fundamentando, de modo argumentativo, o porquê de sua legitimidade para construir a conduta, já que não se presume essa legitimidade. Ao contrário da invocação de uma regra, um princípio exige que seu aplicador justifique a necessidade de sua participação preponderante na construção da conduta juridicamente protegida.

Obviamente, a construção da conduta, do sentido normativo, não pode ser levada à cabo sem qualquer parametricidade. Salvo raras exceções, a doutrina não tem se preocupado em estabelecer critérios de controle da atividade do intérprete quando propõe determinando conteúdo normativo e o qualifica como princípio.

Humberto Ávila (2009a, pp. 92-94), representado uma exceção, propõe uma série de parâmetros a ser obrigatoriamente seguidos pelo intérprete ao manipular princípios, que são inteiramente aplicáveis aqui, apesar de a conceituação do referido autor partir de um a definição de princípio centrada na sua estrutura, que seria radicalmente oposta à das regras. De todo jeito, os critérios propostos são¹⁹:

- a) ler os textos normativos (constitucional, legais, infralegais etc) com atenção aos dispositivos relacionados ao caso em análise;
- b) relacionar os dispositivos em função da sua hierarquia normativa;
- c) diminuir a vagueza dos dispositivos relacionados, interpretando-os de modo coordenado, buscando sua concordância prática²⁰, quando possível²¹;

aplicação do critério da especialidade na solução de antinomias, enquanto a declaração de invalidade é decorrência da aplicação dos critérios hierárquico e cronológico (cf., acerca dos critérios para solução de antinomia, inclusive quando ocorre conflito entre os próprios critérios – antinomia de segundo grau –, BOBBIO, 1999, pp. 81-105).

19 São feitas algumas adaptações ao texto apresentado pelo autor, de modo a melhor adequá-lo ao entendimento aqui defendido, mas a essência da proposta continua a mesma, motivo pelo qual os itens que seguem, salvo um ou outro, são praticamente transcrições literais do que defendido pelo referido autor.

20 A aplicação da concordância prática como princípio de interpretação constitucional tem como pressuposto o confronto bens jurídicos de mesma hierarquia, de modo que não é possível o sacrifício de um em detrimento de outro, mas sim a obtenção de uma solução que leve a preservação de ambos (cf. HESSE, 2009, pp. 113-115). A concordância prática, assim, implica a necessidade de não sacrificar o conteúdo mínimo de sentido de textos normativos de igual hierarquia que se mostrem, ainda que à luz do caso específico, contraditórios.

21 Quando possível, a coordenação entre dispositivos de hierarquia normativa diversa deve ser

- d) investigar a jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, para encontrar casos paradigmáticos;
- e) investigar a íntegra dos acórdãos escolhidos;
- f) verificar, em cada caso, quais foram os comportamentos havidos como juridicamente protegidos em função do princípio investigado;
- g) analisar a existência de um problema comum que aproxime os casos diferentes;
- h) verificar a linha argumentativa em torno dos textos normativos e dos fatos que foram utilizados para a solução do problema;
- i) analisar a existência de critérios que permitam definir, também para outros casos, condutas que possam ser qualificadas como o princípio em análise;
- j) expor os critérios utilizados e os fundamentos que levaram a sua adoção e
- l) refazer a pesquisa jurisprudencial de modo a procurar situações em que o princípios deveria ter sido invocado mas não o foram, criticando-as à luz dos critérios identificados nas etapas anteriores.

Após o descortinamento da norma qualificada como princípio, delineando o fundamento de legitimidade para sua construção pelo próprio intérprete à luz do caminho acima explicitado, é necessário contemplar os princípios em sentido contrário, já que o manejo de princípios é uma situação essencialmente conflituosa²².

realizada, devendo o dispositivo inferior ser entendido/aplicado de acordo com o superior, no mais das vezes considerando aquele como especificação deste (princípio da presunção de constitucionalidade da lei e dos atos normativos). Não sendo possível a coordenação, por incompatibilidade dos textos normativos, a nulidade do inferior (inconstitucionalidade ou ilegalidade) é medida que se impõe. Acerca do princípio da interpretação conforme a constituição e suas limitações, cf. CANOTILHO, 2003, pp. 1226-1227.

22 Apesar de não adotarmos em sua totalidade as premissas de Robert Alexy, suas ponderações acerca da intrínseca conflituosidade dos princípios são pertinentes, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (2008, p. 90). Em sentido contrário, Humberto Ávila destaca que a interação entre princípios nem sempre se dá de maneira conflituosa: “[...] os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas cruzam-se reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes.” (2009a, cit., p. 77).

Desse modo, todo o processo acima identificado tem que ser aplicado com relação a todos os princípios – que são necessariamente mais de um e colidentes – invocados no debate, devendo haver igualmente uma fundamentação específica, ponderando todos os argumentos favoráveis e contrários, para a escolha de um em detrimento do(s) outro(s).

Fixada a maneira como os princípios e regras funcionam dentro do método proposto, urge especificar o funcionamento da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade, o que será feito no tópico seguinte.

2.4.2 Os postulados normativos da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade

Tratou-se até agora dos textos normativos/normas²³ que objetivam regular a conduta dos seus destinatários mediante o estabelecimento de obrigações, permissões e proibições.

Há uma diferente categoria de normas, contudo, que possuem relevante papel, visto que estabelecem critérios de manipulação das normas que versam diretamente sobre as condutas. São normas destinadas a orientar o trabalho do intérprete no processo de interpretação/aplicação de textos normativos e fatos, com o objetivo de se chegar a norma reguladora do caso. São normas sobre normas, metanormas, possuindo, portanto, claro perfil metodológico²⁴.

23 Até agora buscou-se certo rigor no uso dos termos “texto normativo” e “norma”, bem como das categorias intermediárias entre eles, as quais se chamou genericamente de “programa de norma” ou “projeto de norma” para destacar o fato de estruturalmente termos uma norma, que todavia é um esboço, um projeto, um programa, já que o processo de interpretação/aplicação ainda não está acabado, momento no qual teremos, aí sim, norma. Ocorre que esse rigor, apesar de importante, principalmente para melhor compreensão das ideias esboçadas com relação ao método, torna muitas vezes a exposição pouco clara e fluente, motivo pelo qual ela será flexibilizado a partir desse ponto, principalmente porque acredita-se que o contexto pode deixar claro os casos em que, por exemplo, utiliza-se o termo “norma” para se referir a “texto normativo”. O rigor na utilização do termos, contudo, não será completamente abandonado, sendo retomado nos momentos em que a distinção se fizer essencial para compreensão das ideias propostas.

24 Arnaldo Vasconcelos (2002., pp. 163-165) refere-se às normas de sobredireito, para incluir nessa classificação as normas sobre interpretação e fontes, as normas processuais, de Direito intertemporal e interespacial (internacional privado). Discorda-se dessa posição pelo simples motivo de que os textos normativos referentes ao processo regulam a específica relação jurídica de cunho processual, estabelecendo obrigações, permissões e proibições concretas, não sendo possível qualificá-las como normas sobre normas. Já os textos normativos sobre aplicação de normas no tempo e espaço são textos que necessariamente se acoplam a outros textos normativos para, em seu conjunto, após o processo de interpretação/aplicação, também

Essas normas foram identificadas com precisão por Humberto Ávila (2009a, pp. 133-141), que as denomina apropriadamente de postulados normativos aplicativos, deveres que estruturam o modo de aplicação de outras normas, situando-se, por isso, em um segundo grau, distinto das normas que são seu objeto, ou, de outra forma, são deveres estruturantes de aplicação das normas de primeiro grau, estas sim as que estabelecem as condutas juridicamente qualificadas como proibidas, permitidas ou obrigatórias.

Dentre os postulados normativos aplicativos, interessa, para o presente estudo, os postulados da ponderação ou sopesamento, da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.4.2.1 Do postulado da ponderação ou sopesamento

Ao se tratar dos princípios, foi visto que a conflituosidade é característica inerente eles, de modo que sua invocação no debate levará a um situação de impasse, que deverá ser solucionada mediante uma escolha, resultado da ponderação ou sopesamento entre os princípios conflitantes.

A ponderação consiste, grosso modo, na atribuição de diversos pesos a elementos distintos, mas da mesma espécie, de maneira a escolher aquele que apresente maior peso.

Uma das principais críticas que se levanta contra a ponderação, modo de solução da intrínseca conflituosidade entre princípios, seria o fato de este ser um procedimento irracional, não sujeito a controle, que deixaria margem à pura subjetividade do intérprete/aplicador, consagrando, assim, o puro decisionismo.

Para responder a essa crítica, Robert Alexy (2008, p. 167) destaca que o conflito entre princípios deve ser resolvido segundo a lei do sopesamento, que, extraída da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, determina que “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”. A partir daí, o autor assenta que a racionalidade do sopesamento, segundo a lei proposta, está justamente na precisa

indicarem uma concreta obrigação, permissão ou proibição, ou seja, uma concreta norma de conduta. Dentro desse quadro, apenas as normas sobre interpretação e fontes é que podem ser qualificadas de normas sobre normas, normas de sobredireito.

identificação daquilo que deve ser fundamentado nesse processo de identificação de preferências, que são os enunciados sobre graus de afetação e importância, com relação aos quais podem ser levantados todos os argumentos típicos da argumentação jurídica (*idem*, pp. 171-172).

Humberto Ávila (2009a, pp. 143-144), por sua vez, começa assentando que a ponderação, despida de estrutura e critérios materiais, tem pouca utilidade para o Direito, sugerindo em seguida uma ponderação intensamente estruturada que deve se dar em três etapas: a) preparação da ponderação, na qual devem ser delineado justamente aquilo que deve ser objeto da ponderação; b) realização da ponderação, no qual vai ser fundamentada a relação estabelecida entre os elementos em ponderação e c) reconstrução da ponderação, mediante a formulação de regras de relação entre os elementos objeto de ponderação com especial atenção para a validade além do caso presente.

A partir dessas duas construções teóricas, é possível ver que a ponderação passa a adquirir contornos racionais, não em virtude do controle do resultado de sua aplicação, mas sim a partir do controle do modo como é realizada. Isso porque, como já dito, não se pode afastar o aspecto voluntarista da atividade de interpretação/aplicação do Direito, sendo possível, contudo, controlar o seu modo de manifestação, tornando-a o menos arbitrária e mais racional possível, por meio da obrigatoriedade da exposição de todo o caminho seguido pelo intérprete/aplicador até o momento específico de realização da ponderação, da escolha, obrigando-o a explicitar o que está sendo ponderado, escolhido, confrontando todos os argumentos favoráveis e contrários postos em debate, bem como impondo a necessidade de observância da coerência com as ponderações semelhantes utilizadas em casos passados ou que possam vir a se descortinar em casos futuros.

2.4.2.2 Do postulado da razoabilidade

O primeiro aspecto a ser enfatizado quando se trata do postulado normativo da razoabilidade é constatar a existência ou não de diferença entre ele e o postulado normativo da proporcionalidade.

Isso porque existe uma relevante corrente doutrinária que defende que a

razoabilidade e a proporcionalidade são sinônimas, haja vista que as ideias que as inspiraram são idênticas.

Após enfatizar a identidade entre razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso, que teriam de diferente apenas a origem (norte-americana, alemã e européia, respectivamente), Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 291) assenta que “não há motivo para fazer distinções, porquanto os critérios aferidores de ambos são os mesmos: a prudência, a sensatez, o bom senso, o equilíbrio”. Luis Roberto Barroso (2006, p. 373) trilha caminho semelhante:

Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição dos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.

Defender que a razoabilidade e a proporcionalidade seriam algo não muito diferente do que a juridicização do bom senso é algo que não traz vantagens práticas ou teóricas. Como bem destacado por Thomas da Rosa Bustamante (2008, p. 78), trata-se de uma posição que denota um “empobrecimento metodológico”.

No ponto, assiste razão a Humberto Ávila (2009a, p. 177) ao enfatizar, sem apego a nominalismos inúteis, a necessidade de se bem distinguir entre os postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso²⁵:

[...] É até plausível, para quem não persegue o rigor no uso da linguagem e a coerente clareza na fundamentação, utilizar um só termo para os três exames ou outros para cada um deles. O que definitivamente não é aceitável é usar um só termo ou outros termos de modo intercambiável, desconhecendo que há três exames concretos diversos nos seus elementos e no seus parâmetros [...].

Assentado que a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade, urge-lhe extrair o conteúdo normativo.

O postulado normativo da razoabilidade se subdivide em três tipos (ÁVILA, 2009a, pp. 152-160): razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.

Na primeira situação, como equidade, a razoabilidade impõe a correção dos defeitos decorrentes da generalidade da norma, quando esta generalidade, em si mesma, é um elemento que conduz ao erro por impedir o enquadramento de um

²⁵ Em sua tese, Humberto Ávila (2009, pp. 142-176) distingue seis postulados normativos, três inespecíficos e três específicos, a saber: ponderação, concordância prática, proibição de excesso, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. No presente estudo, nem todos foram objeto de destaque para análise mais detalhada, já que não serão utilizados mais à frente.

caso particular, por subsunção, apesar de estarem presentes as mesmas razões que animam a norma geral, ou por abranger, também por subsunção, um caso particular que não deveria ser abrangido em virtude da incompatibilidade entre as razões deste e as da norma geral.

Dito de outro modo: nos casos em que generalidade da norma não foi hábil para abarcar determinada situação concreta, que, porém, está perfeitamente abrangida pelas razões da norma geral, a aplicação das consequências da norma geral se impõe, apesar de não se poder falar em subsunção do tipo normativo na situação concreta, bem como se impõe a exclusão da situação concreta da norma geral toda vez que a excepcionalidade das circunstâncias indicarem que as razões que animam a norma apontam para essa exclusão, que só não foi prevista em virtude da natural falha existente na generalidade.

Em resumo, como colocado por Humberto Ávila (2009a, p. 182):

O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas individuais com o caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer mostrando sob qual perspectiva o caso individual, em virtude suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.

A equidade como congruência se manifesta tanto sob uma perspectiva externa como interna.

Como perspectiva externa, a congruência exige que a norma mantenha um relação de aceitabilidade com a realidade empírica sobre a qual se debruça. A congruência da norma com a realidade sobre a qual se projeta implica reconhecer uma limitação ao legislador na construção de efeitos jurídicos, ou seja, o dever-ser normativo tem que guardar uma relação de aceitabilidade com o ser da realidade. Trata-se, grosso modo, de aferir a aceitabilidade racional da realidade projetada pela norma (BUSTAMANTE, 2008, p. 82).

Como perspectiva interna, a congruência exige uma relação de aceitabilidade entre uma determinada medida normativa, geralmente de diferenciação, e o critério utilizado para dimensioná-la. Trata-se de aferir se o critério eleito pela norma realmente condiz com a medida por ela perseguida. Humberto Ávila (2009a, pp. 157-158) frisa, para não haver confusão com a proporcionalidade, que não se trata de relação entre meio e fim, mas sim de critério e medida. Em verdade, a relação entre critério e medida é também, logicamente, uma relação

entre meio e fim, sendo que a distinção com a proporcionalidade surge no fato de a relação critério/medida, típica da razoabilidade, é um relação entre elementos internos da norma, enquanto a relação meio/fim, a ser analisada quando do trato da proporcionalidade, ser uma relação externa, que contempla a norma com relação a um fim que lhe é externo, e, portanto, não exclusivo, que se implica com outras normas e fins do ordenamento²⁶.

Por fim, a equidade como equivalência tem em mente que a relação de causalidade entre dois elementos normativos implica a necessidade de se manter a equivalência entre eles, valorizando ou desvalorizando um em razão direta, não arbitrária, da valorização ou desvalorização do outro. Nesse caso, o que importa é que a (des)valorização de um não implique uma (des)valorização do outro fora de um aceitável parâmetro de equivalência. Como exemplo, Humberto Ávila (2009a, p. 158) traz a relação de equivalência que deve existir entre o custo do serviço e a corresponde taxa e entre a culpa do agente delitivo e pena aplicada²⁷.

2.4.2.3 Do postulado da proporcionalidade

Como já ficou assentado no tópico anterior, os postulados da proporcionalidade e razoabilidade não se confundem.

A nota característica da proporcionalidade é a existência de um relação entre meio e fim. A aplicação da proporcionalidade pressupõe a identificação de uma medida e a relação dessa medida com a realização de determinado objetivo jurídico. Sem que se identifiquem meios e fim não é possível falar em proporcionalidade, o

26 A congruência interna exigida pela razoabilidade, segundo Humberto Ávila (2009a, p. 158), é uma exigência, dentre outras normas, da isonomia. Thomas da Rosa Bustamente (2008, pp. 83-84) também assimila esse conteúdo da razoabilidade à igualdade. Esse ponto já havia sido objeto de consideração por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, pp. 23-40), que, ao tratar do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, frisa tanto a necessidade de o fator de discriminação ser portador de certas características (não discriminar no presente e definitivamente um sujeito, bem como escolher características que repousem em si mesmas na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciadas), como a obrigatoriedade de haver correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação empreendida.

27 Deve-se frisar, contudo, que Humberto Ávila (2009a, p. 160) rechaça que a relação entre os elementos, nesse caso, seja de causalidade, mas sim de correspondência entre duas grandezas. Para embasar seu ponto, o autor enfatiza que o custo do serviço não promove a taxa, nem que a culpa leva à pena. Nesse caso, não parece ter havido uma distinção apta a aclarar a situação, já que dizer que a taxa corresponde ao custo do serviço e a pena corresponde à culpa não parece ser algo distinto de afirmar que a taxa é consequência do custo (o custo causa a taxa) e a pena é consequência da culpa (a culpa causa a pena).

que não impede a aplicação de outros postulados normativos.

Além da pressupor a relação meio/fim, a proporcionalidade trabalha com a comparação de mais de uma medida. Mais adequado, portanto, falar na relação entre meios/fim. Mesmo que se esteja diante do teste de proporcionalidade de uma específica medida, deve-se “recorrer à comparação entre a decisão do legislador e as hipotéticas decisões não adotadas” (LOPES, 2001, p. 196), pois o teste de proporcionalidade se desenvolve de maneira essencialmente comparativa.

A proporcionalidade exige a submissão a três testes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Importa destacar que esses testes devem se dar nessa ordem – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – e de forma sucessiva, de modo que a reprovação em um deles deve bloquear a realização do outro, já que a medida será considerada inválida caso não obtenha a aprovação em qualquer um deles²⁸.

A adequação impõe verificar se o meio escolhido é apto a atingir a finalidade perseguida. A indagação que se põe, aqui, diz respeito à forma de atingir a finalidade: a adequação se verifica quando um meio é apto a atingir determinado fim, ainda que de maneira mínima, relativa, ou apenas a certeza na consecução do fim autoriza concluir pela adequação da medida?

A resposta a essa indagação deve ser no sentido de que adequação se configura quando o meio é apto a promover, ainda que minimamente, o fim. Para Humberto Ávila (2009a, p. 167), “basta reconhecer que o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro”. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 170) também aduz que o importante não é que o meio realize por completo o fim perseguido, mas que fomente a sua realização.

O segundo teste é o da necessidade, pelo qual uma medida será necessária se não for possível vislumbrar outra que, atingindo o fim com a mesma intensidade, promova maior restrição aos direitos envolvidos.

28 Com base na doutrina alemã, Gilmar Ferreira Mendes (2002, p. 250) defende que a prova da necessidade tem mais relevância do que o teste da adequação. Em verdade, partindo do pressuposto de que os testes da proporcionalidade devem ser feitos na ordem proposta e de forma subsidiária, não parece ser possível concordar com a afirmação do autor, já que todos eles possuem igual relevância, apesar do diferente grau de dificuldade de aprovação exigida por cada um.

A questão aqui avulta em complexidade se for considerada a possibilidade, não incomum, de que meios mais restritivos promovam mais intensamente a finalidade que outros meios menos restritivos. Para solucionar esse impasse, pode-se assentar que “a ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável” (ÁVILA, 2009a, p. 173). Seria o caso, portanto, de, seguindo todas as condições já assentadas como exigência de uma ponderação racional, realizar um sopesamento entre a restrição ao direito e a promoção do fim.

Ocorre que, aí, já se entra no terceiro teste da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, que tem por objetivo justamente determinar a ponderação de todos os interesses envolvidos²⁹. Para manter a distinção entre o teste da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, de modo a não confundi-las metodologicamente, o certo é assentar que aquela pressupõe a comparação de meios de eficácia igual ou próxima, aprovando apenas aquele que se mostrar menos restritivo aos direitos envolvidos.

Caso os meios se mostrem portadores de diferente eficácia em razão da maior restrição que provocam (meio mais restritivo, porém mais eficaz, e meio menos restritivo, porém menos eficaz), é de se considerar que ambos passaram pelo teste de necessidade, devendo a questão ser resolvida sob a perspectiva do último teste, o de proporcionalidade em sentido estrito³⁰.

A proporcionalidade em sentido estrito, último teste da proporcionalidade, não é nada mais que uma ponderação³¹, realizada, porém, de um modo previamente

29 No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 190): “Em casos dessa natureza, torna-se imperativo realizar ponderações que sopesem o grau de promoção dos fins e o grau de restrição aos direitos que as medidas legislativas envolvem. Por isso, a análise dessas situações deve ser efetivada na terceira etapa da aferição da proporcionalidade da medida, a partir da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito”.

30 Interessante anotar a posição de Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 170-174), para quem, no teste da necessidade, o parâmetro máximo de eficácia na consecução do fim é a medida concreta adotada pelo Legislador, que está sendo comparada com outras medidas hipotéticas. Desse modo, se a medida hipotética for mais eficaz do que aquela escolhida pelo legislador, a necessidade deve ser medida exclusivamente pelo grau de restrição, de modo que a medida legislativa, em sendo menos restritiva, será necessária mesmo sendo menos eficaz que a medida hipotética. A adoção desse entendimento é problemática em pelo menos dois aspectos: a) a proporcionalidade não se limita a aferir a correlação da atividade legislativa, não havendo como justificar que, na atividade judicial, por exemplo, a medida adota pelo juiz deva ser vista como limite máximo de efetividade e b) ele leva à possibilidade de a medida hipotética muito mais eficaz, porém um pouco mais restritiva, ser descartada, o que não parece justificável.

31 Gilmar Ferreira Mendes (2002, p. 251), com base na doutrina alemã, enfatiza que a ponderação inerente à proporcionalidade em sentido estrito pode levar à substituição da decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz, defendendo assim que a aplicação da proporcionalidade deve ser resolvida com base nos dois primeiros testes (adequação e necessidade), servindo a

mais estruturado, já que deve corresponder ao cotejo entre grau de satisfação do fim pela medida e o grau de restrição que essa medida provoca nas demais normas envolvidas, reputando proporcional em sentido estrito a medida que conseguir justificar que a promoção do meio deva prevalecer sobre as restrições aos direitos envolvidos.

A estruturação da ponderação exigida pela proporcionalidade em sentido estrito foi bem delineada por Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 194):

A aplicação do juízo ponderativo inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é feita em três etapas. *Primeiramente*, cabe ao intérprete identificar a intensidade da restrição do direito fundamental. *Em segundo lugar*, deverá ser determinada a importância da realização do princípio antagônico ao direito, que fundamenta a restrição. *E, por fim*, caberá verificar se a importância da realização do fim perseguido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental. Nessa perspectiva, o processo de ponderação pressupõe uma comparação entre os *efeitos negativos* e os *efeitos positivos* que a medida restritiva deflagra.

Somente após submissão exitosa aos três testes da proporcionalidade, na forma exposta, é possível concluir que a medida é proporcional, e, portanto, sob essa perspectiva, juridicamente correta.

proporcionalidade em sentido estrito como um controle de sintonia fina, que aponta a correção do resultado obtido nas etapas anteriores ou a necessidade de sua revisão. Esse posicionamento, no fundo, diz com a racionalidade da ponderação, o que já foi enfrentado quando esse específico postulado normativo foi objeto de análise.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

3.1 Os direitos fundamentais em sua dupla face (objetiva e subjetiva) e a constitucionalização do direito infraconstitucional (filtragem constitucional)

Os direitos fundamentais, no constitucionalismo moderno, começaram sendo concebidos na rígida estrutura de direitos subjetivos em favor do indivíduo para conter a interferência do Estado na sua esfera jurídica.

Seu estatuto teórico de direito subjetivo não permitia que fosse concebida sua aplicação para além daquela específica relação jurídica entre indivíduo e Estado para o qual haviam sido inicialmente concebidos.

Paulo Bonavides (2004, pp. 563-564) destaca que, nesse momento inicial, os direitos fundamentais, que correspondem a direitos individuais

[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

É a partir do constitucionalismo social, em especial na Alemanha, já sob a Constituição de Weimar, que os direitos fundamentais passam a ganhar um novo enfoque teórico, que faz com eles transbordem a rígida estrutura do direito subjetivo do indivíduo perante o Estado para se sobreporem sobre todo o ordenamento jurídico como normas. Trata-se, como bem frisado por Paulo Bonavides (*idem*, p. 567), do “[...] nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais [...]”.

Assim, mesmo sem perder a importância como direitos subjetivos, os direitos fundamentais passam a ser normas constantes da Constituição que espraiam sua imperatividade para além daquela específica relação para a qual foram concebidos, atingindo todos os campos do ordenamento jurídico³².

Essa construção teórica em torno da face objetiva dos direitos fundamentais ganhou ainda mais corpo na Alemanha após a Lei Fundamental de

32 Há quem veja a dimensão objetiva dos direitos fundamentais presente desde suas origens, e não a partir do constitucionalismo social, como Konrad Hesse (2009, pp. 35-36), para quem “pertence desde as origens da tradição dos direitos fundamentais a ideia de que eles não são só direitos subjetivos mas, ao mesmo tempo, princípios objetivos da ordem constitucional”.

1949, tendo ganhado especial relevância a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth, em 1958 (HESSE, 2009, p. 37).

Após solidificada na Alemanha, essa construção teórica logo se espalhou, sendo hoje largamente aceita. Em Portugal, Cristina Queiroz (2009, p. 366) assenta que:

Os direitos fundamentais não garantem apenas *direitos subjectivos*, mas também *princípios objectivos básicos* para a ordem constitucional democrática do Estado de direito. Este 'significado jurídico-objectivo' dos direitos fundamentais transforma-os em 'preceitos negativos de competência'. Como refere Hesse, o decisivo nesta 'concepção ampla dos direitos fundamentais' foi a recusa da sua interpretação formal até então dominante e a mudança para uma noção *material* que compreende a sua 'dimensão jurídico-objectiva'.

Mas não só. É também a incorporação dos direitos fundamentais, entendidos numa perspectiva individualista e clássica de 'direitos de defesa' (*Abwehrrechte*), numa 'ética-social'.

No Brasil, são vários os autores que defendem essa construção, valendo destacar as ponderações de Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 153):

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.

Dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorre o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional, entendido este como a releitura/reaplicação das normas e institutos infraconstitucionais em consonância com os valores representados pelos direitos fundamentais.

Esse fenômeno, no Brasil, foi captado, dentre outros, por Luís Roberto Barroso (2009, p. 363), que defende que toda interpretação jurídica é interpretação constitucional na medida em que ela reclama a aplicação, direta ou indireta, da norma constitucional:

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a

aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo, o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI).

b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir; esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Esse último fenômeno – a leitura das normas e institutos infraconstitucionais à luz das normas constitucionais, especialmente de direitos fundamentais –, que recebe por parte de alguns o nome de *filtragem constitucional*, é o que interessa mais de perto à pesquisa, pois o intuito primordial é analisar os três problemas apontados envolvendo as *astreintes* (destinatário do crédito, manipulação do valor e forma de execução do crédito) à luz dos direitos fundamentais relacionados ao processo jurisdicional, especialmente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³³.

3.2 Alguns direitos fundamentais processuais e seu conteúdo

3.2.1 Direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva

A relação entre direito e processo passou por três fases metodológicas bem distintas (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2007, pp. 48-51 e BEDAQUE, 2006, 24-26): a fase sincrética, a autonomista e a instrumentalista.

33 Um outro reflexo muito interessante decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da correlata filtragem constitucional é a necessidade de se repensar o cabimento do recurso extraordinário nos casos de ofensa reflexa à Constituição. Segundo Eduardo Cambi (2011, p. 107), “há de ser criticada a posição positivista adotada pela jurisprudência do STF, ao admitir o cabimento do recurso extraordinário quando houver violação *direta* à Constituição (art. 102, III, a, CF/1988), excluindo a admissibilidade do recurso quando a ofensa for *reflexa*. Esta interpretação reduz o alcance da *filtragem constitucional* e da *dimensão objetiva* ou da *eficácia irradiante dos direitos fundamentais*, uma vez que não permite a interposição de recurso extraordinário quando uma decisão judicial deixa de levar em consideração *princípios constitucionais* para proceder à exegese de uma lei infraconstitucional”.

A fase sincrética caracteriza-se por uma confusão entre o direito material e o processo. Nela, a cada direito corresponde um tipo de ação. Sua inviabilidade prática em tempo modernos é patente: se para cada um dos diversos direitos que compõe a complexa e gigantesca ordem jurídica material das sociedades modernas correspondesse um tipo de ação, com suas peculiaridades, seria praticamente impossível o julgamento adequado de todas as causas.

Foi justamente a fase autonomista, construindo os pressupostos científicos do direito processual, que permitiu a construção teórica do procedimento comum ordinário, que vale para tutela da grande maioria dos direitos, permitindo, assim, que os operadores do Direito, em especial os juízes, sejam capazes de manejar diversos direitos sem a necessidade de um conhecimento processual específico para cada um deles. Tudo isso sem prejuízo da previsão de procedimentos específicos (sumário, sumaríssimo e especiais) para determinados tipos de situações que requerem um tratamento peculiar.

Ocorre, todavia, que a ênfase um tanto quanto exagerada no aspecto científico da ciência processual acarretou um indevido descolamento entre o direito e o processo. Perdeu-se o norte segundo o qual o processo só existe em função do direito material, não havendo como conceber o processo senão como um instrumento a serviço do direito material.

Do choque entre a completa ausência de sistematização e otimização que representou a fase sincrética (pura técnica sem ciência) com uma postura exacerbadamente cientificista (pura ciência sem preocupação prática), que descolou o processo do direito material, seu referencial básico, surgiu a terceira e atual fase metodológica, que enfatiza a necessidade de o processo retornar ao seu lugar no mundo do Direito, qual seja, instrumento de realização dos direitos materiais, sem abandonar, contudo, os ganhos científicos que permitam o desenvolvimento mais otimizado dessa tarefa.

É sob esse referencial teórico que devem ser analisados os dois principais textos normativos que concorrem para a definição do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva: o art. 5º, inc. XXXV da CF/88, que veicula o tradicionalmente chamado direito de ação, e o inc. LIV do mesmo artigo, que trata do devido processo legal.

O direito de ação deve ser encarado sob a perspectiva do acesso à justiça, entendida como a “possibilidade assegurada a todos pela Constituição Federal de acudir aos órgãos do Poder Judiciário para pedir proteção jurisdicional do Estado” (ROCHA, 2007, p. 31). Essa perspectiva não deixa de ser correta, mas é insuficiente, já que o acesso à justiça envolve mais do que a possibilidade de acionar o Judiciário.

O já clássico estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) aponta as principais dificuldades relacionadas ao acesso à justiça que não são solucionadas mediante a previsão de um amplo direito de provocação dos órgãos judiciais: os custos econômicos do processo, a proteção aos direitos difusos e a inexistência de procedimentos específicos para determinados tipos de litígio que exigem um tratamento diferenciado. Partindo da constatação desses problemas, os autores avaliam as diversas soluções propostas para seu enfrentamento: os diversos modelos de assistência jurídica para os pobres, a previsão de legitimidade para determinadas entendidas bem estruturadas defenderem os interesses difusos em juízo, o incentivo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, a reforma da legislação processual, prevendo técnicas ou procedimentos mais simples, específicos para o tratamento de certas situações de direito material, dentre outros.

A constatação de diversos óbices para o acesso à justiça e o desenvolvimento de uma série propostas para superá-los permite concluir que o direito de ação deve ser relido como direito que vai além do singelo poder de acionar os órgãos jurisdicionais para se transformar em direito ao acesso a uma tutela jurídica, que, sob o ponto de vista jurisdicional, deve se traduzir numa tutela eficiente, adequada para prover a devida proteção ao direito reconhecido.

Essa adequada proteção não toca apenas como o acesso em si, mas também com os resultados da atividade jurisdicional, que devem proporcionar a mais completa proteção ao direito reconhecido. Isso implica aparelhar o Estado-juiz com técnicas que não só otimizem a atividade de reconhecimento do direito e sua eventual violação (produção da decisão), mas que permitam que, sendo reconhecido o direito, seja-lhe conferida adequada proteção ou reparação na realidade dos fatos (execução da decisão). O direito a uma tutela jurisdicional adequada, impõe, portanto, um concomitante direito a uma tutela cognitiva adequada (decisão

adequada) e uma tutela executiva adequada (execução adequada).

O enfoque na perspectiva executiva da tutela jurisdicional adequada é dado por Luis Guilherme Marinoni (2010b, p. 139) nos seguintes termos:

O art. 5º, XXXV, da CF, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco compreendido como mero direito à solução do mérito.

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento de mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio foi realizado – além de ser reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

A posição de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 500) é no mesmo sentido:

a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças ('fazer cumprir as sentenças') dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz.

Afirmar a existência de um direito a uma tutela jurisdicional efetiva como releitura do direito de ação é uma postura correta, mas ainda não suficiente, pois não marca parâmetros mais precisos para entender o que se deve ter por efetivo, adequado, para fins de tutela jurisdicional.

Daí que se torna imprescindível completar o sentido extraído do texto normativo do inc. XXXV do art. 5º da CF/88 com aquele do inc. LIV do mesmo dispositivo, que trata do devido processo legal. A leitura conjugada de ambos permitirá o descortinamento mais preciso do que vem a ser o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A cláusula do devido processo legal (*due process of law*) é novidade no texto constitucional brasileiro de 1988. Seu significado vai além da necessidade de submissão a um processo legal, ou seja, a um processo com formas e ritos definidos em lei, para enfatizar que essas formas e ritos têm que ser devidas. Não é exagero consignar que no singelo termo “devido” constante dessa expressão esteja uma das

maiores, senão a maior, condensação de significados jurídicos de todo o ordenamento.

Inspirado na tradição americana, do qual foi importado, o devido processo legal costuma ser visto sob duas perspectivas: o devido processo legal formal (*procedure due process of law*) e o devido processo legal substancial (*substantive due process of law*).

Em sua perspectiva formal, o devido processo legal engloba todos os demais princípios processuais que garantem um adequado acesso à Justiça. Numa ordem democrática e social como a nossa, o devido processo legal formal implica o direito de conhecer seus direitos e defendê-los adequadamente perante o juízo contra lesões possível ou efetivas (BULLOS, 2007, p. 290).

Na perspectiva material (*substantive due process of law*), o devido processo legal transborda o significado estritamente processual para atingir todas as manifestações do poder público, exigindo-lhes um conteúdo mínimo de racionalidade, de modo a evitar a prática de atos abusivos. Tanto a doutrina (cf., v.g., BULLOS, 2007, pp. 291-295; ÁVILA, 2009a, pp. 155-158 e BUSTAMANTE, 2008, pp. 73-74) como a jurisprudência do STF (cf., v.g., ADI 1.511-MC, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 1.158-MC, Rel. Min. Celso de Mello e AC 1.657-MC, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso) assentam o postulado normativo da razoabilidade como exigência do devido processo legal em sua perspectiva substancial.

Para Sérgio Sérulo da Cunha (2004, pp. 188-214), o devido processo legal, entendido como *princípio de interdição à arbitrariedade*, exige racionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, publicação (publicidade), eficiência, iniciativa, deliberação e execução.

O devido processo legal, desse modo, condensa uma série de outros princípios de ordem processual, principalmente quando nos debruçamos sob sua perspectiva formal, mas não deixa de representar um conteúdo normativo próprio, autônomo, inovador na ordem jurídico-constitucional nacional, principalmente quando focamos sua perspectiva material, por meio da qual se objetiva um amplo controle de racionalidade dos atos do Poder Público³⁴.

34 Após analisar a perspectiva formal e substancial do devido processo legal, Nelson Nery Jr. (2004, p. 70) assenta que “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e o incisos do art. 5º, em sua maioria, seriam absolutamente despendidos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido

É da leitura conjunta do direito de ação com o devido processo legal, ou, mais precisamente, dos textos normativos dos incisos XXXV e LIV do art. 5º da CF/88, que podemos extrair o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, entendido como um direito ao adequado acesso ao Judiciário e a um processo que seja capaz, racionalmente, de reconhecer direitos e prestar-lhes a devida proteção ou reparação.

Visto sob a perspectiva objetiva, esse direito fundamental exige racionalidade da atividade processual estatal, entendida essa como a adoção de normas, práticas e interpretações que levem à melhor forma possível de reconhecer e proteger direitos.

Delineado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é necessário voltar as atenções para a questão atinente à duração do processo.

A EC 45/2004, denominada Reforma do Poder Judiciário, tratou de incluir mais um inciso no já extenso art. 5º, o inciso LXXVIII, para garantir a razoável duração do processo e os meios necessários para a celeridade de sua tramitação. A inovação legislativa pode ser qualificada como desnecessária, pois como bem apontou André Ramos Tavares (2005, p. 31), “trata-se de implementação de direitos que se poderiam considerar implícitos no princípio geral do *devido processo legal*”.

Samuel Miranda Arruda (2013, pp. 507-508) defende que a inclusão desse dispositivo “marca a consolidação de uma nova etapa: uma fase em que o constituinte, já havendo assegurado o acesso à justiça, preocupa-se em garantir a qualidade do cumprimento dessa missão estatal”.

Não parece, contudo, que a inclusão desse dispositivo possua maior relevância para que o acesso à justiça, que sequer foi garantido de forma quantitativamente satisfatória, possa ser atingido de forma qualitativamente adequada.

A previsão expressa de uma garantia do indivíduo a um processo que não sofra dilações indevidas não parece ser relevante, mormente por haver diversos

processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. A crítica tem sua pertinência, principalmente porque atinge o literalismo da prática legislativa nacional, que ainda não consegue bem compreender a distinção entre texto e norma, mas peca por, de certa forma, subestimar o sentido jurídico autônomo do devido processo legal, principalmente como meio de controle de racionalidade de todos os atos do Poder Público.

tratados de direitos humanos nesse sentido³⁵. Em termos de direito positivo brasileiro, bastava, ao nível de construção teórica, todo o aparato textual constitucional já existente, em especial o devido processo legal³⁶.

O que se verifica, em verdade, é que o texto constitucional inserido levou a uma fetichização inadequada da celeridade processual como um direito superior, a ser perseguido a qualquer custo, por vezes desconsiderando todo o plexo de direitos processuais colidentes ou depositando demasiada fé em construções teóricas incapazes de levar à celeridade invocada como causa para sua adoção.

José Afonso da Silva (2009, p. 177) critica o texto constitucional nos seguintes termos:

As duas garantias [razoável duração e celeridade] referentes a um mesmo objeto – processo judicial ou administrativo – parecem não se casar muito bem. A *razoável duração* do processo como que delimita a *celeridade* de sua tramitação. *Celeridade* é signo de velocidade no seu mais alto grau; *processo célere* seria aquele que tramitasse com a maior velocidade possível; mais do que isso, só um processo celérrimo. Processo com *razoável duração* já não significa, necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deva andar com certa rapidez, de modo que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil. Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma *razoável duração* do processo para que o acesso à Justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, que não apenas é irrazoável, como profundamente irracional.[...]

Essas ponderações são pertinentes, principalmente quando se tem conta que muitas práticas adotadas com base nesse dispositivo tem focado a celeridade da tramitação do feito sob uma perspectiva quase absoluta, ou seja, desconsiderando a necessária razoabilidade da duração.

Alexandre Freitas Câmara (2013, pp. 40-41), apontando que a aplicação da garantia da razoável duração do processo tem levado a práticas que ofendem as demais garantias do processo, critica o estabelecimento de metas pelo CNJ que levam em conta apenas a quantidade de processos que devem ser julgados. O autor

35 Basta citar a Convenção Européia dos Direitos do Homem, no art. 6.1, e a Convenção Americana de Direito do Homem (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8º, 1. Para o tratamento do tema no direito internacional dos direitos do homem, cf. TAVARES, 2005, p. 32 e ARRUDA, 2013, pp. 508-509.

36 Se for considerada a modificação empreendida pela EC 45/2004 no § 3º do art. 5º da Constituição, prevendo o *status* de Emenda Constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, e a construção jurisprudencial construída em seguida, que conferiu aos tratados não formalmente incorporados como Emenda Constitucional o *status* supralegal, porém infraconstitucional (cf., v.g., STF, RE 349.703, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes), a adesão do Brasil a tratado internacional que expressamente prevê a razoável duração do processo (Pacto de São José da Costa Rica, art. 8, 1) já é medida mais do que suficiente em termos textuais-normativos.

ênfatisa a necessidade de o processo jurisdicional, assim como todo serviço público, por imposição constitucional (art. 37, *caput* da CF/88), ser eficiente, o que implica a produção de resultados de qualitativamente bons, não reduzindo a garantia da razoável duração do processo ao “direito a um processo rápido”, mas sim contemplando-a dentro da perspectiva maior do devido processo legal, do processo justo, que será ofendido quando houver excessiva morosidade.

A perspectiva que se descortina, portanto, é a do necessário equilíbrio entre a rapidez e a demora imposta pelas garantias processuais das partes. A ênfase nessa necessidade de equilíbrio é colocada por Cândido Rangel Dinamarco (2009, v. 1, pp. 144-145):

Sabe-se que certos defeitos são insuperáveis e tem-se a consciência de que o ideal possível é reduzi-los, não eliminá-los. O mais grave dos problemas é a *duração dos processos*, responsável pela *eternização* dos litígios e prolongamento das angústias dos litigantes. Mas jamais se conseguirá agilizar *tanto* os procedimentos a ponto de, em sua generalidade, eles serem capazes de oferecer solução bastante pronta aos litígios. Ao lado de certos fatores ditos *perversos*, como o espírito burocrático, desídias, retardamentos intencionais *etc.*, militam em prol das longas demoras processuais certas legítimas razões de segurança recíproca das partes, garantias de defesa e contraditório, modos mais ou menos complexos na realização de atos, prazos *etc.* - tudo concorrendo para conter os ímpetus de celeridade e assim prolongar a angústia dos sujeitos envolvidos no litígio.

Isso significa que todo movimento de agilização encontra limites legitimamente intransponíveis, que levam o construtor do sistema a conformar-se com o racional equilíbrio possível entre duas exigências antagônicas, a saber: de um lado a *celeridade processual*, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro, a *ponderação no trato da causa* e das razões dos litigantes, endereçada à melhor qualidade dos julgamentos. São dois valores conhecidos o da *segurança das relações jurídicas*, responsável pela tranquilidade que contribui para pacificar (e isso aconselha a celeridade); e o da *justiça nas decisões*, que também é inerente ao próprio escopo fundamental do sistema processual (pacificar *com justiça*). Como é muito difícil fazer sempre bem o que se consegue fazer logo, impõe-se como indispensável o equilíbrio entre as duas exigências, com renúncia a radicalismos. Boa técnica processual será aquele que caminhar equilibradamente entre esses valores.

É preciso, pois, enfatizar que o processo que tem uma duração razoável não é aquele que tenha sido o mais rápido, mais expedito, sem qualquer compromisso com a qualidade da tutela jurisdicional.

Nessa toada, é preciso especial cuidado com a fé depositada em soluções técnico-normativas que são defendidas como a panacéia para o problema da celeridade processual, mas que na prática não apresentam os resultados

esperados. É o caso, por exemplo, da fusão do processo de conhecimento com o processo de execução, que implicou a eliminação do ato de citação nesse último, e que, empreendida em 2005, pela Lei 11.232, não conseguiu solucionar o problema da celeridade processual relacionada à atividade jurisdicional executiva, apesar de não se poder negar que foi uma medida positiva. José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 127) faz uma importante advertência quanto a esse ponto:

Não obstante a alteração [eliminação do binômio condenação/execução] venha ao encontro das ponderações desenvolvidas no início deste tópico, é preciso cuidado com essas afirmações teóricas, boa parte destituída de significado prático e concreto. Mister entender, até para não criar falsas expectativas, que a alteração do sistema tradicional representa, na realidade, apenas eliminação da citação, ato necessário para a validade do atual [hoje revogado] processo de execução. Quanto à efetivação da tutela jurisdicional, seja ela denominada condenatória ou executiva, serão necessários os mesmos atos materiais, destinados a eliminar a resistência do devedor. É claro que a desnecessidade de nova citação constitui providência salutar. Mas daí afirmar que a tutela passa a ter dose muito maior de efetividade é ignorar a realidade.

Parece que a eliminação da citação, nesse caso, não representou um salto substancial na efetividade da execução, entendida até mesmo em termos de celeridade, porque não equacionou devidamente todos os problemas relacionados a essa atividade. A eliminação da citação apenas torna a instauração da atividade executiva mais célere, mas não dá conta dos problemas seguintes, relacionados à adequada realização dos atos de coerção ou sub-rogação, sem olvidar o direito à ampla defesa do devedor.

O que tem que ser frisado, portanto, é que o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, em sua perspectiva objetiva, impõe a adoção de medidas jurisdicionais, inclusive executivas, adequadas, entendidas estas como aquelas que se mostrem qualitativamente aptas a conferir a melhor tutela jurisdicional, devendo haver o devido cuidado para que essa qualidade não seja atropelada por construções teóricas que enfatizem em excesso a celeridade processual, seja porque não levam na devida conta os direitos contrapostos, seja porque não equacionam devidamente os problemas práticos que efetivamente representam entraves à celeridade.

3.2.2 Direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais

Fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais (Título II da CF/88), mais precisamente no art. 93, IX, a Constituição institui a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões emanadas do Poder Judiciário, cominando expressamente a sanção de nulidade para o caso de inobservância dessa obrigação.

Trata-se de um dever imposto às autoridades judiciárias, que se traduz, num outro polo, no direito do jurisdicionado de obter uma decisão judicial fundamentada. A fundamentalidade desse direito decorre não só da importância atribuída pelo próprio texto constitucional, que expressamente prevê a sanção de nulidade para o caso de sua inobservância, como do fato de a fundamentação em si representar o exercício democrático do poder atribuído aos órgãos jurisdicionais. Como bem apontam Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck (2013, p. 1325), “a obrigatoriedade de fundamentação é, assim, um corolário do Estado Democrático de Direito”.

Por óbvio, uma decisão não é fundamentada quando se limita a fazer asserções genéricas, não se debruçando sobre os elementos constantes do processo. Uma decisão somente pode ser considerada fundamentada quando apresenta razões concretas, colhidas nos autos, que apontem o motivo pelo qual o juiz, naquele determinado caso, reputou que a melhor decisão é a que está apresentando. A fundamentação há de ser sempre substancial, apontando concretamente os elementos dos autos em que suportada, e não meramente formal, repetindo fórmulas genéricas que, por servirem a qualquer caso, acabam por servir a nenhum. Como bem destaca Nelson Nery Jr. (2004, p. 128):

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve decidir as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram 'substancialmente' fundamentadas as decisões que afirmam que 'segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo porque julgou o pedido procedente'. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

A fundamentação constitucionalmente exigida, porém, vai além de obrigar o juiz a explicitar os concretos elementos do processo e a norma jurídica que

suportam suas conclusões. Num Estado Democrático de Direito, no qual o exercício do poder jurisdicional somente se legitima na medida em que o juiz “explicita as condições pelas quais compreendeu” (STRECK, 2013, p. 84), a exigência de fundamentação exige que o juiz leve em consideração todas as razões levantadas pelas partes ao longo da atividade processual.

Vendo sob a perspectiva da colaboração no processo civil, nova face do princípio do contraditório, Daniel Mitidiero (2011, pp. 154-155) deixa bem claro que a fundamentação exige o cotejo das alegações trazidas pelas partes:

A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como por vezes se sustenta, a simples constância na decisão do sistema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou a suas conclusões (...). De modo nenhum. A completude da decisão tem que ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas. O juízo é sempre e sempre um ato de três pessoas no marco teórico do formalismo-valorativo.

Dentro da perspectiva metodológica já desenvolvida, a exigência constitucional da fundamentação tem que ser vista como exigência de que o juiz explicita as razões pelas quais entendeu em determinado sentido, cotejando todos os argumentos favoráveis e contrários postos pelas partes envolvidas. Todos os argumentos apresentados tem que ser enfrentados, sob pena de mácula ao direito fundamental à fundamentação da decisão judicial. Ainda que o juízo repute ser irrelevante algum argumento apresentado, ele tem que utilizar específica fundamentação destinada a demonstrar a irrelevância desse argumento³⁷.

Infelizmente, a prática jurisdicional quanto ao dever de fundamentação é bastante deficiente e está longe de cumprir a contento com a imposição constitucional.

O STF já teve oportunidade de assentar, apoiado na doutrina alemã, que o princípio de contraditório exigia, no que concerne à fundamentação das decisões judiciais, o “direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*)”, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit un Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas” (cf., v.g., RE 434059, Rel. Min. Gilmar Mendes).

37 No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno (2008, v. 1, p. 136) aduz que “para que se dê cumprimento escoreito ao princípio constitucional, é fundamental que também os argumentos ou as teses que, *ao julgador*, pareçam de menor ou nenhuma relevância para o julgamento sejam identificadas e rejeitadas *com esta fundamentação*”.

Essa perspectiva vai ao encontro do que aqui se defende como conteúdo do direito fundamental à fundamentação da decisão judicial, mas o próprio STF, ao analisar a questão atinente à ofensa ao art. 93, IX da CF/88, em sede de repercussão geral em recurso extraordinário, resolveu praticamente esvaziar o direito de ver os argumentos das partes considerados, que ele mesmo vinha construindo, para assentar que “o art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Adotando posição contraditória – parece não ser possível não reconhecer a incoerência decorrente de afirmar o “direito de ver seus argumentos considerados” e ao mesmo tempo assentar a ausência de obrigação de “exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” –, o STF restringiu, de forma inadequada e antidemocrática, o alcance do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais.

Em verdade, parece que o STF se demitiu da tarefa de delinear com precisão o conteúdo do art. 93, IX da CF/88, transferindo, ainda que modo não explicitado, tal tarefa ao STJ. Isso porque a legislação infraconstitucional, sem relevante inovação em face daquilo que se pode extrair da Constituição, trata da fundamentação da decisão judicial no art. 458, II do CPC, instituindo ainda um recurso para controle da observância deste dispositivo, qual seja, os embargos de declaração, que é cabível para controlar omissões, o que inclui a deficiência na fundamentação, nos termos do art. 535, II do CPC.

O problema que reside na jurisprudência do STJ é o fato de esta ter assentado que o órgão jurisdicional está obrigado a analisar apenas as “questões relevantes”, pois, na esteira do que já assentado pelo STF, “o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos expostos pelas partes” (cf., dentre vários, REsp 1220394/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

Esse entendimento é criticável porque não veio acompanhando do estabelecimento de mínimos critérios para se identificar o que vem a ser “questão relevante”, grassando quanto ao ponto uma casuística confusa e imprevisível.

Trata-se, em verdade, de um artificialismo, pois o qualificativo “relevante”,

utilizado para qualificar a “questão” que o órgão jurisdicional está obrigado a enfrentar, não pode ser extraído, implícita ou explicitamente, de qualquer texto normativo. A própria lei, em verdade, ao mesmo tempo em que utiliza o termo “questão” no art. 458, II do CPC, utiliza o termo “ponto” no art. 535, II do mesmo diploma, sendo que este tem uma conotação técnica mais ampla do que aquele³⁸, a indicar, no mínimo, que há sérias dúvidas acerca da legitimidade de restringir a obrigação judicial de se debruçar apenas sobre questões, quanto mais sobre aquelas que, sem qualquer critério objetivo, o próprio órgão jurisdicional repute como relevante.

Partindo do texto constitucional, tendo especial atenção quanto à necessidade de se potencializar a efetividade dos direitos fundamentais, não se pode senão defender que o juízo está obrigado a enfrentar todos os argumentos levantados pelas partes, e não apenas as “questões relevantes”, conferindo-se assim a interpretação mais ampla possível à legislação infraconstitucional sobre a matéria.

Parece ser legítimo, porém, indagar acerca da viabilidade prática do entendimento proposto, tendo em conta especialmente o fato de sempre ser possível levantar novos argumentos em um debate, o que redundaria num regresso ao infinito.

Poder-se-ia enfrentar esse problema propondo, por exemplo, que o juízo não estaria obrigado a enfrentar todos os fundamentos levantados pelas partes para defender suas alegações, mas apenas os fundamentos jurídicos, que poderiam ser definidos como “a alegada coincidência entre os fatos expostos e regras ou princípios que lhes conferem o efeito pretendido” (ALVIM, ASSIS E ALVIM, 2012, p. 1209). Por certo é uma posição muito mais palatável do ponto de vista constitucional, pois se propõe a abandonar o critério casuístico e obscuro da

38 Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2009, v. 3, p. 35), “não é indiferente o emprego dos vocábulos *ponto* e *questão*. Pontos são fundamentos, ou elementos capazes de influir num julgamento. Questão é o ponto, quando sobre ele existe alguma dúvida (...)”. Para Carnelutti (s.d., v. 1, p. 36), “quando a razão, seja da pretensão ou da contestação, se torna duvidosa, surge uma questão, a qual, portanto, é a dúvida acerca de uma razão. Posto que a decisão da lide se obtém resolvendo as questões, as questões resolvidas logo são razões da decisão: as razões (da pretensão ou da contestação) passam a ser questões (do processo), e estas se resolvem em razões (da decisão)”. Araken de Assis (2008, p. 602), por sua vez, ensina que: “questão é o ponto duvidoso, de fato ou de direito, noção correlata à afirmação das partes, na formulação inicial; posteriormente, tornou-se dúvida acerca das razões alegadas pelas partes (...)”.

relevância da questão, mas ainda assim não corresponde a uma resposta constitucionalmente adequada, na medida em que deixa de fora os fundamentos que giram em torno da construção dos fatos – o juiz está obrigado a enfrentar o argumento da parte no sentido de que os fatos se deram dessa e não daquela maneira – bem como os fundamentos ligados à construção da norma jurídica a partir do cotejo entre os fatos e o texto normativo – o juiz está obrigado a dizer porque entende que o texto normativo x significa y e não z, como eventualmente defenda qualquer uma das partes.

A solução para o problema ligado ao regresso ao infinito, na verdade, passa pelo estabelecimento de um limite formal, processual, que seria a possibilidade de levantar argumentos até os embargos de declaração, bem como a adoção do método já proposto, pelo qual o juízo pode dar cabo ao processo de argumentação diante de argumentos contrários de igual correção mediante o exercício explícito e fundamentado do poder de escolha de um deles, devendo ser mantida a coerência entre as decisões, de modo a evitar que referida escolha descambe para um puro decisionismo.

Fixado o conteúdo do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, não é difícil extrair-lhe o conteúdo objetivo, que inclusive já foi explicitado no início do trabalho: a necessidade de adoção de um método racional de interpretação/aplicação do direito, que envolva a necessidade de confronto de todos os argumentos postos em debates juntamente com o dever de manutenção de coerência entre as decisões.

3.2.3 Direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório

O direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório repousa no texto normativo do art. 5º, LV da CF/88. O texto constitucional separa *ampla defesa* e *contraditório*, o que não autoriza, segundo nosso juízo, sustentar a existência de um direito fundamental à ampla defesa, de um lado, e o direito fundamental ao contraditório, de outro, como portadores de um conteúdo normativo autônomo, próprio. O direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, possui, em

verdade, um conteúdo normativo único, indivisível³⁹.

Em sua perspectiva clássica, o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório implica a necessidade de observância do binômio informação e reação: informação sobre os atos do processo, o que se dá por meio de citação, intimação e notificação, e reação contra esses atos (reação efetiva, em caso de direitos indisponíveis, e potencial em caso de direitos disponíveis) (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2007, pp. 61-63).

É importante frisar que o contraditório, mesmo em sua perspectiva mais clássica, já é entendido em termos mais amplos do que a rígida impossibilidade de decisão sem oitiva das partes. Um exemplo clássico de flexibilização da forma informação-reação-decisão nos vem das medidas de urgência *inaudita altera pars*, que, numa lógica mais rígida do contraditório, seriam consideradas inconstitucionais.

Como coloca Nelson Nery Jr. (2004, p. 185-188), esse tipo de medida de urgência, ditada em função da eficácia da atividade jurisdicional, não ofende o contraditório porque é provisória, ou seja, porque não tem o condão de encerrar a discussão em torno do direito, permitindo ao atingido se voltar contra ela por meio de recurso ou pela comprovação, ao longo do posterior desenvolvimento regular do feito, da inexistência do direito urgentemente tutelado⁴⁰.

A jurisprudência do STF já sinalizou com um conteúdo mais ampliado para o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, tendo consignado, com base na doutrina alemã, que esse direito fundamental se desdobra no direito de informação (comunicação à parte dos atos praticados e do conteúdo deles), direito de manifestação (possibilidade de manifestação oral ou escrita sobre os elementos de fato e de direito do processo) e direito de ver seus argumentos considerados (cf.,

39 Não se ignora que há quem trabalhe com a distinção entre ampla defesa e contraditório: José de Albuquerque Rocha (2007, p. 32) enfatiza que o contraditório diz respeito à relação entre as partes e a ampla defesa diz respeito à relação entre as partes e o juiz; Fredie Didier Jr. (2009, v. 1, p. 62) aduz que a ampla defesa é o “aspecto substancial do contraditório”, mas não chega a declinar em que consiste esse aspecto substancial e Uadi Lammego Bullos (2007, p. 302) destaca que no direito processual e administrativo há um paralelismo entre ampla defesa e contraditório, de modo que eles se implicam reciprocamente, mas que é possível haver ampla defesa sem contraditório, como é o caso das comissões parlamentares de inquérito. Sustentamos a mesma posição de José Afonso da Silva (2009, p. 154), para quem a ampla defesa está contida no contraditório.

40 Deve-se anotar a posição de quem defende que as medidas irreversíveis seriam inconstitucionais (v.g., ROCHA, 2007, p. 32) e de quem defende posição mais flexível, advogando que, no caso de irreversibilidade da medida de urgência, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, o que implica reconhecer, em certas circunstâncias, a possibilidade de sua concessão (v.g., BUENO, 2010, v. 4, pp. 41-45).

v.g., RE 434059, Rel. Min. Gilmar Mendes). Os dois primeiros direitos correspondem à formulação clássica do contraditório (informação-reação), enquanto o último toca intimamente com o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, como já analisado.

A perspectiva mais moderna e completa do contraditório, todavia, vai além. Sob os influxos de uma ética processual cooperativa, que frisa a necessidade de uma interação dialógica que transcenda a relação entre as partes para atingir também o juiz, que passa a ser visto como uma figura paritária no diálogo, sem contudo perder sua autoridade (assimetria), especialmente no momento da decisão, o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório passa a englobar os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio (MITIDIÉRO, 2011, pp. 113-115)⁴¹.

Esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio apontam para a necessidade de um íntimo diálogo entre os sujeitos do processo, motivo pelo qual alguns encaram essa ampliação do conteúdo do contraditório como garantia de influência e não surpresa (cf., v.g., NUNES, 2008). Influenciar a tutela jurisdicional passa pela possibilidade de ser consultado e prestar esclarecimento sobre matérias de fato e de direito, bem como pela necessidade de ser advertido das consequências de suas condutas, principalmente quando acarretarem resultados negativos, prevenindo assim sua ocorrência, sendo o auxílio elemento imprescindível para eliminar ou pelo menos amenizar o fator surpresa.

O direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório engloba, assim, o direito à informação-reação, à adequada análise das razões/argumentos de fato e de direito apresentados (direito fundamental à fundamentação) e os direitos/deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio (garantia de influência e não surpresa).

41 Sob a perspectiva dos deveres, a questão ganha certa complexidade. Vista a relação entre as partes, não é difícil concluir que o referido dever corresponde ao direito da parte contrária, de mesmo conteúdo. Vista a relação entre a parte e o juiz, não fica difícil vislumbrar na imposição de um dever ao órgão jurisdicional um direito da parte, sendo bem mais complexa a questão quando, nessa mesma relação, vislumbra-se um dever da parte perante o órgão jurisdicional. Nesse último caso, não é possível falar em direito do órgão jurisdicional – o que seria um direito do Estado, algo conceitualmente complicado de se defender –, sendo mais adequado se defender o dever, que é fundamental, como categoria autônoma, o que encontra embasamento expresso no texto constitucional (Título II, Capítulo I: Dos direitos e *deveres* individuais e coletivos), mas que não é adequadamente desenvolvido na doutrina e jurisprudência nacionais (na doutrina estrangeira, sobre os deveres fundamentais, cf., p. ex., CANOTILHO, 2003, pp. 531-536). Optamos, assim, por inserir esses deveres fundamentais autônomos no conteúdo do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

Sob a perspectiva objetiva, esse direito fundamental passa a ter especial relevância na compreensão das normas legais que impõe deveres processuais a terceiros. Não é possível defender a inconstitucionalidade das normas legais que impõe deveres processuais a terceiros sob o fundamento de ofensa ao contraditório na medida em que esses deveres sejam essenciais para a obtenção da tutela jurídica adequada. Pesa, aqui, a perspectiva de um contraditório visto sob o ângulo da cooperação, que se espraia para além da relação entre os sujeitos processuais, impondo a necessidade de um íntimo diálogo entre todos aqueles que, mesmo não sendo partes, possam de alguma forma contribuir para a obtenção da adequada tutela jurisdicional.

Assim, essa perspectiva objetiva do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa veda interpretações/aplicações restritivas dos textos que prevêm obrigações processuais de terceiros, pois, nesse casos, urge construir a norma jurídica que leve à tutela jurisdicional adequada à luz uma perspectiva dialógico-cooperativa, autorizando também a construção de obrigações processuais de terceiros sem uma referibilidade textual mais direta que não a do próprio direito fundamental em discussão, desde que tal se nos marcos teóricos e metodológicos já delineados.

3.2.4 Direito fundamental à segurança jurídica: garantia constitucional da coisa julgada e sistema de preclusões

O *caput* do art. 5º da CF/88 veicula expressamente o direito fundamental à segurança. O termo segurança é bastante amplo, podendo ser encarado, a partir da análise de todo o texto da Constituição, como segurança econômica (arts. 1º, IV; 3º, II; 5º, XIII, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXXII; 170; 173; 174; 182; 186; 192; 193; 225), de polícia (arts. 5º, X, XI, XII, XVI, LXI a LVI e 144), de relacionamento externo (arts. 4º; 137, II, 138; 142 e 143), de apoio cultural (arts. 216, 220 a 224) e de seguridade social (arts. 6º e 194 a 203), conforme bem observa Sérgio Sérulo Cunha (2004, pp. 235-302).

Diante desse cabedal tão amplo de sentidos que o termo segurança pode adquirir, podemos entender o direito à segurança previsto no *caput* do art. 5º da

CF/88 como o direito fundamental à segurança jurídica, já que todas as demais modalidades de segurança já estão suficientemente referidas em vários dos dispositivos espalhados ao longo da Constituição (ÁVILA, 2012, pp. 207-210)⁴².

Fixada essa premissa, urge extrair um conteúdo mínimo do que vem a se entender por segurança jurídica.

Na doutrina estrangeira, Rodolfo Luis Vigo (1998, pp. 502-513) arrola como conteúdo da segurança jurídica, em termo objetivos, nada menos que vinte exigências: a determinação geral, não casuística, dos direitos, deveres e permissões; a promulgação, no sentido formal de ampla publicação, das regras jurídicas, permitindo conhecimento pelos destinatários; o acesso fácil e permanente às determinações jurídica, que vai além do momento específico da promulgação; a compreensão das determinação jurídicas, que implica que elas sejam compreensíveis e passíveis do menor número de dúvidas possíveis, ou, em outros termos, que as norma sejam inteligíveis do ponto estrutural e linguístico; a estabilidade das disposições jurídicas; o cumprimento possível e fácil das normas; a resolução dos conflitos jurídicos por terceiros imparciais; o acesso fácil aos juízes; a resolução dos conflitos em tempo oportuno; a possibilidade de defender pretensões perante os juízes, que representa a oportunidade de argumentar em favor de sua pretensão e apresentar provas pertinentes; a fundamentação das decisões jurídicas; a prévia determinação da maneira de criar e derrogar normas jurídicas; a coerência entre as condutas normativamente previstas e as condutas que se almejam reguladas, de modo a não se criar normas totalmente ineficazes, cujas violações não gerem nenhuma reação jurídica; a existência de um poder coercitivo; um poder político legitimado democraticamente; um tratamento jurídico igualitário; uma capacidade suficiente do direito vigente de oferecer respostas, que pode ser obtida mediante a aplicação dos princípios jurídicos; uma visão sistemática do direito

42 Sérgio Sérulo Cunha não chega a enquadrar o que é conhecido estritamente como segurança jurídica em nenhum dos sentidos de segurança sobre os quais se detém mais profundamente (econômica, de polícia, de relacionamento externo, de apoio cultural e de seguridade social), mas, ao tratar genericamente da segurança, fazendo referência inclusive ao texto da Constituição francesa de 1793, que fala em segurança com proteção para a conservação da pessoa, dos seus direitos e das suas propriedades, assenta que "(...) a segurança vai além do que se presta com a função de polícia (...) Nela se inclui a garantia das justas expectativas, para que o que se criam mecanismos tais como o respeito ao direito adquirido, a irretroatividade da lei, prazos de carência e de *vacatio legis*, e normas variadas que compõem o cerne do devido processo legal" (2004, p. 236).

vigente por parte dos juristas; a disposição cidadã ao cumprimentos dos deveres e a existência de uma moeda estável.

Em termos subjetivos, o mesmo autor (*idem*, pp. 513-514) destaca que segurança jurídica exige previsibilidade, entendida esta a) como a capacidade de o indivíduo realizar cálculos jurídicos futuros em consonância com os efeitos jurídicos que decorrerão de certos comportamentos ou omissões e b) como a confiança de que o direito reagirá de certa forma toda vez que se agir de determinada maneira, garantindo assim o poder do indivíduo de, a qualquer momento, realizar uma espécie de exame da situação jurídica que cada sujeito ocupa em termos de direitos e deveres.

No Brasil, tratando do *caput* do art. 5º da CF/88, Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, pp. 231-232) é mais sintético ao consignar que o direito fundamental à segurança é multidimensional, dividindo-se em vários subprincípios (irretroatividade da norma tributária, anualidade das regras eleitorais, *etc.*), que podem ser agrupados em três categorias básicas: *estabilidade*, *previsibilidade* e *ausência de perigos*.

Dentro desse contexto, não é incomum associar ao direito fundamental à segurança jurídica, especialmente no que toca à exigência da *estabilidade* nas relações jurídicas, às garantias fundamentais consagradas no art. 5º, XXXVI, quais sejam, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e coisa julgadas.

Em termos processuais, interessa mais de perto a garantia da coisa julgada.

Para José Afonso da Silva (2009, p. 135), o texto constitucional refere-se à coisa julgada material, entendida como prestação jurisdicional definitivamente outorgada, não abrangendo assim a coisa julgada formal.

Como se sabe, a coisa julgada material é o fenômeno que tornam imutáveis os efeitos substanciais da sentença de mérito (DINAMARCO, 2009, v. 3, p. 307). Ela corresponde ao ponto final na discussão judicial, oferecendo a solução que elimina o conflito (*idem*, p. 302). Já a coisa julga formal corresponde à preclusão máxima, entendida como aquela que “projeta sobre o processo o efeito mortal de impedir que nele se tome qualquer outra decisão sobre a causa” (*ibidem*, p. 304).

Ora, mesmo que se entenda que o texto constitucional, nas dobras do art.

5º, XXXVI, somente se refere à coisa julgada material, é de se ver que, no mínimo, a exigência de estabilidade imposta pelo direito fundamental à segurança jurídica impõe que seja reconhecido fundamento constitucional, implícito que seja, para a coisa julgada formal.

De fato, os processos têm que ter um fim, mesmo que não sejam capazes de conferir uma resposta de mérito, capaz de solucionar o conflito. Isso implica reconhecer que o processo, uma vez findo, por qualquer razão, tendo apreciado o mérito da causa ou não, não pode ser reaberto, ou melhor, não se pode novamente discutir as decisões nele tomadas, apesar de ser possível, em outro processo, proferir uma decisão de mérito sobre a causa, desde que no primeiro processo não se tenha obtido essa solução de mérito.

É lógico, portanto, que a estabilidade das relações jurídicas imposta pelo direito fundamental à segurança jurídica confere proteção não somente à coisa julgada material, mas também à coisa julgada formal. Aliás, essa proteção vai além da coisa julgada formal em si, que é a preclusão máxima, para atingir todo o sistema de preclusões.

De fato, na medida em que contribui para o andamento regular e estável do processo, permitindo que ele siga sempre avante, impedindo retrocessos constantes, e criando justas expectativas nas partes em torno dos direitos, poderes, obrigações e ônus processuais que possuem, o instituto da preclusão possui proteção constitucional, pois decorre diretamente do direito fundamental à segurança jurídica. Nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sicca (2006, pp. 304-305):

De outro lado, tem-se a segurança jurídica como outro valor relevante e digno de tutela no sistema. Afinal, outra finalidade precípua do instituto objeto do presente trabalho [preclusão], em suas duas facetas já analisadas [dirigidas às partes e dirigidas ao juiz], é permitir que o processo caminhe com a certeza de que os incidentes e questões já superados não serão revistos. Vedando à parte a prática de um ato depois da oportunidade estipulada na lei processual, assegura-se que o processo caminhará à fase seguinte, com a certeza de que aqueles direitos processuais extintos pelo advento da preclusão não poderão ser mais exercidos. Impedindo o juiz de voltar atrás acerca de algo que tiver incidentemente decidido, respeita-se a justa expectativa jurídica das partes que daquela decisão emerge (vale dizer, a prolação de uma decisão e conseqüente transcurso do prazo para recurso de uma das partes geram à parte adversa um direito subjetivo que não pode ser ignorado).

Desse modo, não só a garantia de que a solução definitiva, meritória, da lide não poderá voltar a ser questionada no processo em que proferida ou em

qualquer outro processo (coisa julgada material), mas a garantia de que um processo, uma vez findo, não será mais objeto de discussão (coisa julgada formal, preclusão máxima) e de que os atos do processo não serão mais modificados depois de superado o momento oportuno (sistema de preclusões), contam com a proteção do direito fundamental à segurança jurídica⁴³.

Em termos objetivos, isso significa que tanto o legislador quanto o julgador, cada um nas suas respectivas áreas de atribuição (criação do texto normativo e da norma jurídica), não estão livres para criar soluções que desrespeitem a necessidade de estabilização do processo como um todo (coisa julgada, material ou formal) ou de algum ato processual específico (sistema de preclusões). As soluções legislativas e judiciais devem ter em mente a necessidade de que tanto o processo como um todo como seus componentes específicos necessitam ser pensados sob a perspectiva da previsibilidade e estabilização das relações jurídicas, prestando, assim, o devido acatamento ao direito fundamental à segurança jurídica em toda a sua plenitude.

43 Além da coisa julgada e do sistema de preclusões, os institutos da prescrição e decadência também são decorrências diretas do direito fundamental à segurança jurídica, como coloca Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 212): “estas três modalidades de direitos [ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada] funcionam como autênticos elementos da segurança jurídica, e são corolários indissociáveis do Estado de Direito. Ao seu lado pode-se acrescentar, ainda, os prazos referentes ao ajuizamento das ações (*prescrição*) e ao exercício dos direitos (*decadência*), além dos prazos processuais e circunstâncias específicas pertinentes às práticas de atos no (e para o) processo, na rubrica 'preclusão'.”

4 ALGUNS ASPECTOS ESSENCIAIS PARA ADEQUADA COMPREENSÃO DAS QUESTÕES ENVOLVENDO AS *ASTREINTES*

Um dos grandes méritos da hermenêutica filosófica foi ter precisado que a compreensão nunca parte do nada. Há sempre um projeto de sentido no intérprete quando ele se debruça sobre um texto. Esse projeto de sentido, a que se chama de pré-compreensão, deve ser bem identificado, sendo necessária sua submissão a constantes revisões no curso do processo hermenêutico.

Gadamer (1997, v.1, p. 402) descreveu com precisão esse fenômeno:

[...] Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido.

Desse modo, para bem compreender as questões que serão postas acerca das *astreintes*, impõe-se partir para uma explicitação e análise crítica das ideias que informam previamente a compreensão do instituto, ou seja, deve-se proceder a uma análise crítica daquilo que compõe a pré-compreensão sobre o tema para que possamos confirmar os pontos de acerto e superar os eventuais equívocos constatados.

4.1 Conceito e finalidade

É necessário começar estabelecendo um conceito de *astreinte*. Para tanto, recorre-se a Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 101), para quem a *astreinte* é “técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que este cumpra mandamento judicial, sendo a pressão exercida através da ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento”. A esse conceito podemos adicionar que as *astreintes* são medidas “quase sempre arbitrárias em seu montante e desproporcional à obrigação mesma” (COUTURE, 2005, p. 376).

Conjugando esses aspectos, chegamos à conclusão de que as *astreintes*

representam a própria atividade executiva em ação, atuando na obtenção do adimplemento dos comandos judiciais pelo próprio obrigado mediante ameaça de desfalque patrimonial que cresce, geralmente sem prévia limitação, à medida que o inadimplemento se protraí no tempo.

A partir desse conceito, já é possível identificar a finalidade primordial da multa coercitiva: propiciar a efetivação/execução dos comandos judiciais de modo a se obter o resultado mais próximo possível daquele que seria alcançado caso não tivesse sido necessária a intervenção do Judiciário.

Para melhor compreensão dessa ideia, calha fazer uma breve distinção entre tutela específica e tutela genérica. Nesse ponto, aduz Cássio Scarpinella Bueno (2008, v. 1, p. 286):

Por “tutela específica” deve ser entendida a maior coincidência possível entre o *resultado* da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão de direito no plano material. Embora jurisdicionalmente, o que se pretende obter é o *mesmo* resultado que decorreria do cumprimento *espontâneo* no plano do direito material, como se não houvesse *necessidade* de intervenção do Estado-juiz.

A “tutela genérica”, de seu turno, deve ser entendida como aquela situação em que o inadimplemento da obrigação gerará para o obrigado direito à mera indenização, às “perdas e danos”, para empregar expressão bastante comum. É este equivalente monetário que, obtido jurisdicionalmente, satisfará o credor. Quando o “dano” corresponde ao não-pagamento de uma dívida, não há como negar que haja, na prestação jurisdicional, uma certa coincidência com a expectativa do direito material. Haverá, contudo, certos casos em que o credor da obrigação terá que se *contentar* com o equivalente monetário da obrigação assumida no plano material mesmo que a obrigação ajustada não tivesse como objeto dinheiro mas uma atuação humana, assim uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa diversa do dinheiro. A satisfação do credor, nestes casos, repousa em um específico comportamento ou em uma específica abstenção do devedor, e não na expressão econômica que aquele ato ou sua omissão pode assumir.

É intuitivo que, no que toca às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro, a tutela específica é qualitativamente melhor que a tutela genérica. Ocorre, porém, que, durante muito tempo, em função do dogma da intangibilidade da vontade individual, a tutela específica, que é obtida mediante a utilização de meios aptos a convencer o devedor a cumprir voluntariamente – embora não espontaneamente – a obrigação, foi praticamente negligenciada.

Esse dogma foi bastante marcante na confecção do CPC de 1973, que, apesar de prever meios de tutela específica, como a própria multa coercitiva no seu art. 287, disciplinou o tema de modo muito insatisfatório. Sobre o tema, Marcelo

Abelha (2007, pp. 24-25) ensina que:

Um dos pilares do Estado liberal, como o nome já diz, recaía sobre o totem da “liberdade dos indivíduos”. Liberdade esta que, ao mesmo tempo funcionava como direito do cidadão e garantia contra toda e qualquer intervenção do Estado no patrimônio e na vontade das pessoas. A valorização do individualismo e da isonomia formal colocava essa “liberdade” (não-intervenção estatal) como o principal fator de proteção da propriedade particular, e, assim, de desigualdades materiais entre os indivíduos. A proteção da liberdade, vista aí como instituto que garantia a intocabilidade das ações humanas diante do Estado, teve forte influência não só na economia, mas também no direito, e a própria “autonomia da vontade” foi um dos principais vetores no desenvolvimento das disciplinas dos contratos e nas relações privadas em geral. A suposta isonomia entre as pessoas obrigava o desenvolvimento de uma liberdade de atitudes e de intocabilidade na vontade humana. Assim, essa intangibilidade do Estado sobre a vontade dos particulares era um dos dogmas do Estado liberal, e, por isso mesmo, impedia que este – o Estado – intervisse nas relações privadas para obrigar este ou aquele comportamento. Nesse passo, o não-adimplemento de uma obrigação específica, regra geral, não acarretava uma atuação coercitiva do Estado sobre a vontade do devedor. Por isso mesmo, a consequência do não-adimplemento não acarretava nenhum tipo de remédio contra o devedor inadimplente, pois o caminho natural para tais casos era a responsabilização patrimonial do mesmo, relegando a segundo plano a realização específica do contrato. Tudo para proteger o dogma da intangibilidade (liberdade) da vontade humana. Seria culturalmente intolerável em um Estado liberal que se permitisse que o Estado pudesse obrigar ou coagir o sujeito a realizar a tutela específica, já que o direito reservava para tais hipóteses a compensação pecuniária. Seria um absurdo sofrer uma intervenção estatal coativa sobre a vontade, e mal menor seria sofrer a atuação sobre o patrimônio, daí por que a execução recaía sobre o patrimônio, não se privilegiando a tutela específica.

Atualmente, contudo, até aqueles Estados que se proclamam liberais não seguem mais o ideário do liberalismo clássico, que já se mostrou insuficiente para lidar com as complexas relações das contemporâneas sociedades de massas. O dogma da intangibilidade da vontade não mais impera, e, no Brasil, a atual configuração do CPC, fruto de reformas legislativas empreendidas desde meados dos anos 1990, traz uma disciplina que privilegia a tutela específica, permitindo a ampla utilização de meios destinados a pressionar o devedor ao adimplemento voluntário das obrigações.

Versando sobre a tutela das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro, Alexandre Freitas Câmara (2004, v. 1, pp. 90-91) sintetiza bem o novo estágio da nossa legislação processual:

Ainda dentro do estudo da tutela jurisdicional, não se pode deixar de fazer referência à denominada “tutela jurisdicional específica relativa às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa”, regulada nos arts. 461 (o qual é cópia quase literal do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor) e 461-A (acrescentado pela Lei nº 10.444/2002), ambos do CPC. Esta espécie

de tutela veio a ser prevista em nosso ordenamento jurídico como forma de se buscar uma maior efetividade do processo, entendida esta como a busca de que se dê a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo, e precisamente aquilo a que ele tem direito. Ocorre que, em matéria de obrigações de fazer e não fazer, um velho dogma do direito civil impedia esta tutela jurisdicional efetiva: o de que ninguém pode ser coagido a prestar um fato (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Tal regra fazia com que se tornasse frequente a afirmação de que o inadimplemento do devedor de prestação de fazer ou de não fazer deveria ser resolvido através da conversão em perdas e danos. Este dogma, porém, vem sendo atenuado pelo direito positivo moderno, até que se pudesse chegar ao estágio atual, em que a conversão em perdas e danos deixa de ser a regra para esses casos, convertendo-se em exceção. O art. 461-A, por sua vez, estabelece que são aplicáveis às obrigações de entregar coisa (diferente de dinheiro, já que para as obrigações de pagar dinheiro há um regime próprio no CPC) as regras contidas nos seis parágrafos do art. 461, o que faz com que com hoje se possa falar na existência de um “estatuto da tutela específica”, aplicável aos processos que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Nesse quadro, é fácil ver que a multa cominatória tem por finalidade primordial dar atuação prática à tutela específica, que se apresenta como uma forma aperfeiçoada de tutela jurisdicional, apta a conferir ao jurisdicionado o gozo do seu direito da forma mais plena possível. Assim, sem olvidar que, ao aperfeiçoar a tutela jurisdicional, o direito material em litígio invariavelmente quedará beneficiado, a finalidade da multa cominatória é prestar efetividade direta e imediata à jurisdição, estando, assim, mais umbilicalmente ligada aos interesses dessa função do Estado do que aos interesses materiais eventualmente em jogo.

4.2 Origem histórica e previsão legal no Brasil

Com relação à origem histórica da multa coercitiva, merecem destaque o direito intermédio e do direito francês⁴⁴.

Do direito praticado na Idade Média, cabe destacar as figuras coercitivas que, dirigidas ao patrimônio do devedor, cresciam na proporção da contumácia no cumprimento da ordem judicial. Entre essas medidas estavam a *multactio* (multa) e a *missio in bona* (imissão do credor na totalidade do patrimônio do

44 Guilherme Rizzo do Amaral (2010, cap. 2, item 2.2) faz uma análise mais ampla da multa coercitiva sob a perspectiva histórica e de direito comparado, mencionando o Direito Romano, o Direito intermédio, o sistema da *Civil Law* (Direito francês, Direito italiano, Direito alemão e Direito português) e o sistema da *Common Law*. Marcelo Lima Guerra (1998, cap. 3), por sua vez, faz um aprofundado apanhado das medidas de execução indireta, dentre elas a multa coercitiva, no sistema da *common law* e, no sistema da *civil law*, no Direito francês e no alemão.

devedor) (cf. AMARAL, 2010, p. 32).

Como bem pontuado por João Calvão da Silva (*apud* AMARAL, 2010, p. 32), a multa coercitiva hodierna herdou duas características fundamentais dessas medidas, quais sejam, seu crescimento progressivo em função do prolongamento do descumprimento da ordem judicial no tempo e a ideia de que as medidas contra a recalitrância do devedor em cumprir as ordens do juiz são também uma proteção à autoridade judicial.

O direito francês merece especial destaque pela influência marcante que exerceu na doutrina e jurisprudência brasileiras sobre a multa coercitiva. Na França, referida multa, que recebeu o nome de *astreinte*, foi fruto de uma construção jurisprudencial, no início do século XIX, em reação à impossibilidade de levar o devedor a prestar um fato, dogma esse positivado no art. 1.142 do Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão).

O que é interessante notar no direito francês é a vinculação inicial da multa coercitiva às perdas e danos, funcionando como uma espécie de adiantamento da indenização. Apenas em meados do século XX foi que se desatrelou definitivamente a multa coercitiva das perdas e danos, acentuando-se a distinção entre os institutos.

Esse atrelamento às perdas e danos foi decisivo para que o direito francês concluísse pela destinação do valor decorrente da incidência da multa cominatória ao credor, à semelhança do que ocorre com a indenização. Nesse ponto, o direito brasileiro não esconde a determinante influência francesa, pois aqui também, a despeito de qualquer previsão legal a respeito, o valor decorrente da incidência da *astreinte* é destinado ao credor⁴⁵.

No que toca à previsão legal da multa cominatória no Brasil, é interessante começar destacando o CPC de 1973, que, em sua redação originária, tratava da figura em seus arts. 287, 644 e 645.

Sob a égide desses dispositivos, a multa cominatória não teve grande sucesso, mormente pelo fato de sua aplicação depender de requerimento do autor,

45 Marcelo Lima Guerra (1998, pp. 123-124) dá notícia de tentativas fracassadas de mudar, por meio de lei, a destinação do valor da *astreinte* na França. Note-se, porém, que, ao contrário do regime brasileiro, na França há autorização legal para o juiz destinar os valores decorrentes da *astreintes* a instituições de caridade (ARENHART, 2008, p. 543), bem como o valor da multa imposta por tribunais administrativos reverte, em parte, para fundos públicos (AMARAL, 2010, p. 62).

bem como pelo fato de o juízo da execução não poder cominá-la caso tenha sido omissa a sentença a respeito (AMARAL, 2010, p. 49).

A Lei da Ação Civil Pública (LACP) – Lei nº 7.347/1985 – previu a multa cominatória em seus arts. 11 e 12, § 2º, trazendo uma disciplina substancialmente diferente daquela prevista no CPC então vigente. Diversos outros diplomas legais que tratam do processo coletivo também versaram sobre a *astreinte*, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/1990 –, em seus arts. 213 e 214, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/1990 –, em seu art. 84, e o Estatuto do Idoso (EI) – Lei nº 10.741/2003 –, em seus arts. 83 e 84.

A disciplina da multa coercitiva no processo civil coletivo, ao contrário do que ocorre no CPC, é marcada pelo reconhecimento de sua finalidade pública de aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, que pode ser notada principalmente pela consagração da atuação oficiosa do juiz na sua cominação e modificação, bem como pela destinação dos valores decorrentes de sua incidência para um fundo público.

As Leis nºs 8.952/1994 e 8.953/1994, com clara influência dos diplomas legais extravagantes que versam sobre o processo coletivo, especialmente o CDC, trouxeram grandes alterações ao CPC.

A Lei nº 8.952/1994 modificou inteiramente o art. 461 do CPC, que tratava de um dos requisitos da sentença, para instituir todo um regime de tutela específica, regulando a *astreinte* nos §§ 2º e 4º.

A Lei nº 8.953/1994, por sua vez, procedeu a uma substancial alteração nos arts. 644 e 645 do CPC, instituindo a possibilidade de o juízo da execução fixar a multa cominatória mesmo diante da omissão da sentença ou do título executivo extrajudicial, bem como autorizando o juiz a modificar o valor da multa toda vez que ele se mostre insuficiente ou excessivo.

Ainda no campo do processo civil individual, a Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/1995 –, em seu art. 52, V e VI, tratou do tema, tendo as últimas modificações relevantes no CPC sido empreendidas pela Lei nº 10.444/2002, que, mediante a inclusão do art. 461-A, estendeu o regime de tutela específica do art. 461 às obrigações de entregar coisa diversa de dinheiro e modificou a redação do art. 287, que, por não ter sido modificado pelas Leis nºs 8.952/1994 e 8.953/1994, havia

perdido a coerência com os demais dispositivos que tratavam da *astreinte*.

A Lei 10.444/2002 ainda modificou a redação do § 5º do art. 461 do CPC para arrolar a própria multa cominatória como uma dentre as medidas que podem vir a ser utilizadas pelo juiz para efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente⁴⁶ e incluiu, no mesmo artigo, o § 6º, no qual estabeleceu a possibilidade de atuação oficiosa do juiz para adequar o valor da multa quando ele se mostrar insuficiente ou excessivo.

É possível vislumbrar, assim, que a *astreinte*, inicialmente ligada, de modo umbilical, aos interesses do autor, tanto que sua incidência dependia da iniciativa dele, foi paulatinamente adquirindo, com a ampliação da atuação oficiosa do juiz na sua aplicação, o adequado caráter público de medida processual destinada a resguardar os interesses da jurisdição.

4.3 Natureza jurídica

A indagação acerca da natureza jurídica de determinado instituto tem como objetivo identificar o regime jurídico aplicável. Como bem acentua Flávio Galdino (2005, p. 109), “a pergunta acerca da natureza jurídica de um determinado instituto jurídico bem pode ser substituída pela questão de saber em qual categoria jurídica ele se integra”, sendo que “a principal função dos conceitos e categorias jurídicas é auxiliar o operador jurídico na aplicação dos assim chamados 'regimes jurídicos'” (*idem*, p. 120).

Um primeiro passo na identificação da natureza jurídica da *astreinte* reside no seu enquadramento na classificação mais geral existente no direito, qual seja, a que o divide em direito público e direito privado.

Note-se que, a despeito das críticas que tem sido feitas a essa divisão do direito, ela continua útil, pois, como bem aduz Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 137), “serve ao jurista, inobstante a falta óbvia de rigor, como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade”⁴⁷.

46 Considerando que a multa cominatória já estava prevista nos parágrafos anteriores do mesmo artigo, é possível dizer que se tratou de redundância na lei. Porém, a sutil diferença entre a multa prevista no § 4º (“impor multa diária ao réu”) e no § 5º (“multa por tempo de atraso”, sem identificação do sujeito passivo), autoriza concluir que lei permitiu a aplicação da multa coercitiva a quem não é parte passiva na relação processual.

47 É possível observar que as críticas a essa classificação se assentam, no mais das vezes, na

Como já visto, a *astreinte* atua sobre a vontade do devedor, pressionando-o a adimplir voluntariamente a obrigação. A atuação da multa cominatória sobre a vontade do devedor faz com que ela seja qualificada como meio executivo coercitivo ou indireto, que se contrapõe aos meios executivos diretos ou sub-rogatórios, nos quais a execução da obrigação se faz independentemente da vontade do obrigado⁴⁸.

A primeira dificuldade enfrentada no ponto é o entendimento segundo o qual a execução indireta não seria propriamente atividade executiva. Esse posicionamento, contudo, apesar de contar com defensores de inegável autoridade (v.g., MOREIRA, 2005, p. 218), não é o mais adequado.

A execução indireta, por levar à satisfação do direito do credor dentro de um processo, é inegavelmente atividade jurisdicional executiva. Nesse sentido, colhe-se o magistério de Marcelo Lima Guerra (1998, p. 33), ancorado nas lições de Chiovenda:

Note-se que a satisfação do direito do credor pelo próprio devedor, no processo de execução, sob a pressão de medida coercitiva que lhe tenha sido cominada, não se identifica com o cumprimento espontâneo da obrigação, verificado antes e fora do processo executivo. É que a aplicação de tais medidas coercitivas, por ocorrerem no processo de execução, pelo órgão jurisdicional, passam a integrá-lo, isto é, caracterizam-se como atos executivos em sentido lato. Sendo elas, portanto, medidas *jurisdicionais*, que *integram o processo de execução*, a satisfação do direito do credor obtida por meio delas não pode deixar de ser caracterizada como autêntica prestação de tutela executiva e, portanto, como execução (processual) forçada.⁴⁹

ausência de critério preciso para o enquadramento de um ou outro grande ramo do direito (direito do trabalho, por exemplo) numa dessas duas categorias. Além de haver ramos cuja qualificação nunca foi posta em cheque (direito penal como direito público e direito civil como direito privado), as críticas formuladas nunca foram dirigidas ao fato de haver normas ou institutos em relação aos quais têm predominância os interesses ligados à autonomia das partes, o que corresponderia ao direito privado, ou têm predominância os interesses do Estado, no exercício de sua autoridade, de seu poder de império, o que corresponderia ao direito público. Assim, critica-se a tentativa de enquadrar todo um ramo, em sua generalidade, no campo do direito privado ou do direito público, mas não se deixa de reconhecer que determinadas normas ou institutos podem ser enquadradas no direito privado, submetidas a um regime jurídico privado, ou no direito público, submetidas a um regime jurídico público. Daí porque autores como Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 23) defendem que “o exame sobre normas de direito público e de direito privado deve ser aferido no caso concreto”.

48 No mesmo sentido, Araken de Assis (2007, p. 130): “não se revela difícil agrupar os meios executórios em duas classes fundamentais: a *sub-rogatória*, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e a *coercitiva*, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado”.

49 Nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2009, v. 4, pp. 34-35) assevera que tanto a execução por sub-rogação quando a execução por coerção são modalidades de execução forçada porque “ambas são feitas mediante o exercício imperativo da jurisdição e, por um modo ou por outro, o Estado-juiz *força* (impõe) a satisfação do direito à custa da esfera jurídica do

Definido, assim, que a execução indireta é efetivamente execução, ou seja, exercício da atividade jurisdicional do Estado⁵⁰, e que a jurisdição é um dos três grandes temas do direito processual, que é um dos ramos do direito público por excelência, tem-se que a multa coercitiva, no quadro classificatório mais geral do direito, é instituto de direito público.

É possível identificar a natureza pública da multa coercitiva também pela análise da estrutura da relação jurídica onde se dá sua incidência.

De acordo com a estrutura delineada na lei, a aplicação da multa cominatória envolve, na perspectiva subjetiva, apenas o Estado-juiz e o executado.

Isso não quer dizer que o exequente não participe da relação processual executiva, mas apenas que, no momento da aplicação da multa coercitiva, ele não assume nenhuma posição jurídica específica com relação aos demais sujeitos. O exequente não possui nenhum direito, ônus, obrigação ou faculdade, com o órgão jurisdicional ou com a parte contrária, no que toca à aplicação da multa coercitiva.

A estrutura legal da multa coercitiva não prevê a participação do exequente⁵¹, daí que sobrelevam as figuras do Estado-juiz e do executado, aquele no exercício de seu poder de *imperium*, sua autoridade. Desse modo, é o interesse do Estado-juiz enquanto interesse público na prestação da jurisdição que resta atendido com a existência do instituto da *astreinte*.

Nesse sentido, importante anotar as considerações de Joaquim Felipe Spadoni (2007, pp. 173-175):

É a multa diária instrumento de atuação das decisões judiciais. É técnica executiva, que usa de meio indireto – a coerção – para alcançar o cumprimento do comando jurisdicional e satisfazer o direito tutelado pela decisão.

obrigado”. José Miguel Garcia Medina (2008, pp. 38-39) também defende que os meios coercitivos são meios executivos, pois “visam, ainda que mediatamente, à realização do direito do exequente”.

50 Interessante destacar que, no Direito Romano, a execução não era considerada atividade jurisdicional, tendo esse posição se verificado no direito intermédio francês, italiano e alemão, sem nunca ter sido predominante, contudo, no direito ibérico, prevalecendo hoje o reconhecimento da atividade executiva como nítida atividade jurisdicional (cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2007, pp. 154-155).

51 Como já foi visto, para a aplicação da multa coercitiva, na redação originária do CPC, a atuação do autor era imprescindível, já que ela só poderia ser cominada mediante seu requerimento. Porém, a partir da Lei 8.952/1994, que deu a atual redação do art. 461 do CPC, instaurou-se a atuação oficiosa do juiz quanto ao ponto, sendo irrelevante a existência ou não de requerimento do autor.

Com a sua utilização, potencializa-se a efetividade das ordens do juiz, de modo que seu poder de decidir o direito não seja apenas um poder teórico, ou melhor, um poder sem relevância prática, sem meios que tornem o direito declarado um direito vivo.

A imposição da multa diária tem por função, portanto, dar maior efetividade ao processo, possibilitar que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado conceda ao cidadão tudo aquilo que tem direito de conseguir, além de preservar a autoridade do juiz e o prestígio da Justiça.

Frise-se que a prestação de tutela jurisdicional eficaz, que produza, no plano fático, todos os resultados que garantam a realização integral do direito consagrado no ordenamento jurídico, é interesse do Estado, primordialmente. Melhor dizendo, é *dever* do Estado assegurar a eficácia de suas decisões, dever este consagrado constitucionalmente.

Por essa razão, é lícito afirmar que o interesse imediatamente tutelado pela multa cominatória é o do Estado. É o interesse público na efetividade das decisões jurisdicionais e no respeito à autoridade dos tribunais o objeto imediatamente protegido pela imposição de ameaça de sanção pecuniária.

Possui a multa cominatória, assim, caráter público e processual. É ato de autoridade de Justiça, que deriva mais do *imperium* do juiz que de sua *jurisdictio*, pois é ato que tem por função assegurar a efetividade da decisão prolatada, sendo o direito da parte apenas reflexamente tutelado pela multa cominatória.

Tendo por objetivo precípua coagir o réu a realizar o comando imposto pelo juiz, tem em vista o cumprimento de uma *obrigação processual*, representada pelo dever das partes de obedecerem às ordens jurisdicionais eficazes.

É a relação jurídica Estado-parte, enfeixada no processo, a base da multa cominatória, e é a violação da obrigação processual daí derivada – e não a obrigação do direito material – que autoriza a sua incidência.

O regime jurídico aplicável à *astreinte*, portanto, é o regime jurídico de direito público, regido por uma série de princípios bastante distintos daqueles que presidem o regime jurídico de direito privado, merecendo destaque, aqui, o *princípio da supremacia do interesse público*⁵².

Carlos Ari Sundfeld (2008, p. 154), que, corretamente, prefere utilizar o termo *preferência a supremacia*, trata o referido princípio como decorrência do *princípio da autoridade*, asseverando que:

52 Esse princípio está consagrado na doutrina administrativista (cf. DI PIETRO, 2005, pp. 68-71; CARVALHO FILHO, 2007, p. 26 e MELLO, 2005, pp. 85-88), mas não se olvida que o uso abusivo que o Estado fez dele levou ao surgimento de uma corrente que defende a sua reconstrução conceitual, aproximando-o dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais da Administração Pública (cf. JUSTEN FILHO, 2013, pp. 143-160 e FREITAS, 2009, pp. 54-61). Assim, apesar de se manter a nomenclatura *supremacia*, mais tradicional, não se deixa de registrar que o mais adequado seria utilizar o termo *prevalência*, a indicar a superioridade *prima facie* dos interesses públicos sobre os privados, a ser efetivamente confirmada após o procedimento de rigorosa ponderação entre todos os interesses envolvidos.

A existência do Estado é justificada pela necessidade de atender a certos interesses coletivos, que os indivíduos isolados não podem alcançar. Esses interesses, cuja realização é atribuída ao Estado, chamam-se *interesses públicos*, por oposição aos *interesses privados*, titularizados pelos particulares. O direito, como seria de esperar, qualifica os primeiros como mais relevantes que os segundos, e o faz conferindo-lhes prioridade no confronto com estes. Quando se chocam, o interesse público tem preferência sobre o privado. Isso não significa que os interesses privados não tenham proteção jurídica; certamente a têm, mas menos intensa que a dada ao interesse público.

Assentado o enquadramento da *astreinte* no regime jurídico de direito público, calha tecer considerações acerca de algumas características específicas que lhe são atribuídas.

O caráter não indenizatório da *astreinte*, no Direito brasileiro, é pacífico, dada a redação explícita do art. 461, § 2º do CPC. Como visto no item anterior, a confusão da multa cominatória com as perdas e danos foi obra do Direito francês, que somente em meados do século XX assentou a distinção entre as duas figuras. Essa distinção, porém, nunca foi perfeita, pois a manutenção do credor como destinatário da incidência do valor da multa, à semelhança do que ocorre com as perdas e danos, é um resquício do seu caráter indenizatório.

Outra característica da multa coercitiva ressaltada com bastante frequência é seu caráter puramente coercitivo, sem qualquer cunho punitivo. Cândido Rangel Dinamarco (2009, v. 4, pp. 537-538) é enfático quanto ao ponto:

As multas coercitivas não tem qualquer *caráter repressivo*, não se confundindo portanto com aquele outra multa que o parágrafo do art. 14 do Código de Processo Civil manda impor a quem descumprir ou embaraçar o cumprimento de decisões mandamentais; elas miram *o futuro*, querendo promover a efetividade dos direitos, e não *o passado* em que alguém haja cometido alguma infração merecedora de repulsa.

Ao que parece, contudo, não há lógica alguma em conceituar a multa valendo-se da ideia de ameaça de um mal/punição, correspondente ao desfalque patrimonial, e não reconhecer o caráter punitivo da medida. Efetivamente, não se trata de uma característica primária, finalística do instituto, mas é, indubitavelmente, uma aspecto essencial, apesar de secundário.

A *astreinte* é inconfundível com a multa prevista no art. 14, parágrafo único do CPC não por não possuir caráter punitivo, mas em decorrência da própria estruturação legal de ambas as figuras. Esta efetivamente é uma punição aplicada como resposta a atos ou omissões indesejáveis, enquanto aquela também é uma

punição, mas legalmente estruturada com o objetivo de pressionar o devedor a adimplir a obrigação, buscando-se a tutela específica.

Nessa toada, calha frisar ainda que a consequência da inobservância da norma, na teoria do direito, corresponde à sanção⁵³, que pode ser tanto negativa (infringência de um mal: indenização, cumprimento forçado⁵⁴ ou punição) como positiva (prêmio). Considerando que a multa cominatória, encarada sob a perspectiva pecuniária, do valor em si, e não sob a perspectiva finalística, tem nítido caráter negativo, ou seja, representa um mal a ser empregado contra o devedor, inconfundível com a indenização ou com o cumprimento forçado, resta-lhe o caráter punitivo.

Alguns doutrinadores reconhecem um aspecto punitivo na multa coercitiva, mas qualificam-no como meramente acidental (AMARAL, 2010, pp. 83-86). Como já frisado, porém, o aspecto punitivo não é acidental, mas essencial. Sem a ideia de punição, consubstanciada no desfalque patrimonial, sequer é possível, logicamente, cogitar da *astreinte*. A possibilidade de desfalque patrimonial faz parte do próprio conceito do instituto, funcionando como verdadeiro pano de fundo da coerção a ser exercida pela medida.

O fundamental, no ponto, é realçar o caráter coercitivo da *astreinte* sem olvidar a sua nuance punitiva e a influência que isso tem para a identificação do regime jurídico aplicável. Eduardo Talamini (2003, p. 186) é preciso ao consignar que as sanções possuem finalidades múltiplas, lembrando, por exemplo, que a punição representa certa carga intimidatória/coercitiva, dependendo do aspecto temporal utilizado, e que a indenização, dentro de uma mesma perspectiva temporal, funciona também como elemento punitivo.

Identifica-se, assim, a multa coercitiva como instituo coercitivo de direito público, inconfundível com a indenização por perdas e danos, dotado de caráter punitivo secundário.

53 Sobre a sanção na teoria da norma jurídica, cf. VASCONCELOS, 2002, pp. 154-161.

54 Cumprimento forçado, no caso, deve ser entendido como cumprimento por alguma forma executiva sub-rogatória. Não se deve tomar a expressão como indicativo de que a utilização de meios coercitivos não seria propriamente execução, tese já devidamente refutada.

5 A RELEITURA DE QUESTÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O CRÉDITO DECORRENTE DAS ASTREINTES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O DESTINATÁRIO, O VALOR E A EXECUÇÃO.

Os estudos sobre as *astreintes* não chegam a se deter com maior cuidado sobre três questões fundamentais envolvendo o crédito decorrente da incidência do instituto, a saber, o destinatário, o valor e a execução.

É imprescindível, pois, fazer uma adequada leitura de cada um desses assuntos à luz dos elementos esboçados nos Capítulos anteriores, que, grosso modo, apontam para a exigência constitucional de racionalidade das soluções jurídicas.

5.1 O Estado como destinatário do crédito decorrente da *astreinte*

O CPC não traz previsão expressa acerca do credor do valor decorrente da incidência da multa cominatória. Essa omissão, anote-se, não se encontra na legislação extravagante que trata do processo civil coletivo, na qual referido crédito é destinado ao Poder Público na forma de verbas afetadas a determinados fundos.

Dentro de uma perspectiva mais clássica, constatada a omissão, seria o caso de se recorrer aos meios de integração do direito, especialmente àqueles dispostos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/1942 –, quais sejam, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Não se opta por esse caminho pois, como já delineado, impõe-se a adoção de um método, como exigência constitucional, que leve à análise rigorosa das razões apresentadas tanto a favor como contra a destinação do crédito da multa coercitiva ao autor e ao Estado.

Impõe-se fazer um controle efetivo da racionalidade dos argumentos utilizados, já que a legitimidade da conclusão encontrada depende da correção dos argumentos que a suportam. Como já enfatizado anteriormente, não se pode reputar como juridicamente adequada uma dada solução apenas porque adveio da autoridade competente. A solução que não se funde em argumentos cuja correção

possa ser demonstrada não pode ser acolhida.

Passa-se, então, à análise mais pormenorizada dos argumentos envolvidos na questão da identificação do beneficiário do crédito decorrente da incidência da *astreinte*.

5.1.1 O tratamento da questão no direito comparado: as alternativas ao direito francês

Como já ressaltado, o direito francês atribui o valor decorrente da multa coercitiva (*astreinte*) ao autor em virtude do desenvolvimento do instituto a partir das perdas e danos. A influência sobre o direito brasileiro, nesse ponto, é inegável. Contudo, urge destacar a solução dada em outros países.

Segundo levantamento feito por Vicente da Paula Ataíde Jr. (2008, pp. 69-79), a multa coercitiva é destinada ao credor, em regra, na França, Argentina e Bolívia. Em Portugal, a multa é revertida em parte para o autor e em parte para o Estado, enquanto na Alemanha, Estados Unidos, Espanha, Uruguai, Chile, Colômbia e Peru, as multas coercitivas são destinadas ao Poder Público.

É importante anotar que no direito francês há autorização legal para o juiz destinar o crédito da *astreinte* a instituições de caridade (ARENHART, 2008, p. 543), bem como o valor da multa imposta por tribunais administrativos reverte, em parte, para fundos públicos (AMARAL, 2010, p. 62), deixando claro que a reversão do crédito para o autor não se dá de forma absoluta naquele ordenamento.

Na Argentina, por sua vez, apesar de a legislação processual civil federal e a quase totalidade das legislações processuais civis das províncias destinarem o crédito da multa cominatória ao autor de demanda, há exceção na legislação processual da província de Mendoza, onde a multa coercitiva é revertida em benefício do Poder Público (ATAÍDE JR., 2008, pp. 78-79).

Assim, é possível constatar que há uma tendência nos ordenamentos jurídicos mundo afora de atribuir o crédito da multa coercitiva, ainda que parcialmente, ao Poder Público, o que é elemento mais que suficiente para nos debruçarmos com mais cuidado sobre as razões que levam o direito brasileiro, no âmbito do processo civil individual, de modo menos flexível que o francês, a conferir

referido crédito ao autor da demanda.

5.1.2 A interpretação do art. 461, § 2º do CPC: necessidade de completa superação do vínculo entre a astreinte e a indenização

Alguns autores advogam que o valor da multa coercitiva deve reverter ao autor em função da redação do art. 461, § 2º do CPC, que dispõe expressamente que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

Para eles, o fato de o dispositivo deixar expresso que as perdas e danos se dão sem prejuízo da multa indica que, à semelhança da indenização, o valor da multa deve reverter para o credor. Luiz Guilherme Marinoni (2006, pp. 221-224) adere a essa posição, apesar de criticá-la com ênfase, pois não corresponderia à melhor solução, já que o valor da multa deveria reverter integralmente para o Estado.

Em verdade, como bem coloca Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, pp. 251-252), esse dispositivo legal tem caráter meramente expletivo:

A regra é de mera explicitação. A regra da não-cumulatividade entre as duas medidas já se podia extrair perfeitamente do sistema. De certo, as vacilações em sede de alguns julgados servem para atestar o mérito da inovação. Afinal, os dois institutos (multa e indenização), teleologicamente, não se confundem. A possibilidade cumulativa decorre da natureza diferenciada dessas duas medidas: uma, coercitiva; a outra, reparatória.

A multa que possa ser fixada não é reparatória, tem função meramente coercitiva; é meio processual que busca a efetividade da ordem do juiz. Não tendo finalidade reparatória, seu emprego não inviabiliza a percepção do equivalente pecuniário ou das perdas e danos, cumuladamente.

Assim, ao que parece, o art. 461, § 2º do CPC quer dizer justamente o contrário do que defende aqueles que o utilizam como base para reconhecer no autor o titular do crédito da *astreinte*. Esse dispositivo tem por fim afastar definitivamente o entendimento de que a multa coercitiva seria um adiantamento das perdas e danos. É justamente a ausência desse dispositivo que poderia autorizar a conclusão de que a multa reverteria ao autor como um meio de reparação dos danos sofridos.

Interpretar esse dispositivo no sentido de que o valor da multa reverte em benefício do credor é fazer apenas uma distinção parcial entre as figuras da *astreinte* e das perdas e danos, mantendo o mesmo problema teórico verificado no

direito francês, qual seja, a negativa da função indenizatória da *astreinte* com a contraditória manutenção de um aspecto que só se justifica em função da confusão com as figuras de caráter indenizatório, qual seja, a reversão de seu valor para o credor.

5.1.3 A interpretação do art. 35 do CPC: a irrelevância do elemento subjetivo da conduta do devedor

O art. 35 do CPC poderia ser interpretado no sentido de autorizar a conclusão de que o crédito decorrente da multa coercitiva deveria reverter para o autor, não para o Estado, já que ele determina que “as sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária”.

Esse dispositivo, porém, não parece autorizar referida conclusão, já que ele tem por pressuposto aquelas sanções que tem por objetivo punir a parte que age dolosamente (com má-fé), ou seja, sua função primordial é repressiva/punitiva.

Linhas atrás foi visto que a multa coercitiva tem caráter punitivo, porém secundário. Essa secundariedade afasta a incidência desse dispositivo, que está vocacionado a atuar apenas naqueles casos em que o aspecto malicioso da conduta do devedor desponta em primeiro plano como digno de reprimenda.

Note-se, por outro lado, que se admitindo a aplicação desse dispositivo, ter-se-ia que identificar, caso a caso, quando o descumprimento da ordem judicial pelo devedor deu-se de modo doloso ou não, concluindo pela reversão do valor da multa ao autor apenas nos casos em que a repostagem fosse positiva. Além de ser contraproducente enveredar por essa discussão, que acabaria por retardar desnecessariamente a execução do crédito, nas hipóteses em que o devedor não cumprisse a medida sem má-fé, continuaria a haver uma *vácuo* na identificação do beneficiário do crédito.

Em verdade, o art. 35 do CPC conspira contra a publicização do processo, dado que, no fundo, não parece haver muita razoabilidade na atribuição do crédito resultante de uma medida punitiva, tipicamente pública, ao autor, privilegiando o interesse privado em detrimento do interesse público. Essa razão já

aconselha que sua interpretação se dê de modo mais restrito, limitando seus efeitos àquelas hipóteses em que o CPC prevê uma multa punitiva por conduta maliciosa, mas não define expressamente seu destinatário, como ocorre, por exemplo, com os arts. 18, 161 e 538, parágrafo único.

Desse modo, o art. 35 do CPC não parece autorizar a destinação do valor da multa coercitiva ao autor.

5.1.4 O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva: a indevida construção teórica acerca da destinação do crédito da astreinte ao autor como fator de celeridade processual

Já foi visto que o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva não pode ser equacionado apenas em termos de pura celeridade, ou seja, processo efetivo não aquela que dura pouco, mas sim aquele que dura o suficiente para ser prestada uma adequada tutela jurisdicional.

Impõe-se, assim, que sejam analisados os argumentos de “ordem prática” (ARENHART, 2008, p. 540) utilizados como fundamentos para reverter o valor da multa coercitiva para o credor e não para o Estado.

Esses argumentos são veiculados para justificar que a atribuição do crédito da multa coercitiva ao autor seria determinante na obtenção de um processo mais efetivo. Desse modo, em virtude da dimensão objetiva do direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva, urge saber se tais argumentos estão corretos.

São fundamentalmente três os argumentos, intimamente conectados, utilizados para defender que o valor da multa coercitiva deve reverter ao autor e não ao Estado: primeiro, a burocracia estatal seria empecilho à cobrança da multa, que, não sendo cobrada de modo expedito, teria sua eficácia intimidatória reduzida; segundo, a atribuição do valor da multa ao autor seria garantia de pronta execução, já que ele seria o maior interessado no desfecho rápido do processo e, terceiro, a atribuição do valor da multa coercitiva ao autor abriria a possibilidade de composição com o réu, o que seria um elemento facilitador do cumprimento da decisão.

Os dois primeiros argumentos – empecilho na execução do crédito pelo Estado e maior rapidez na execução empreendida pelo particular – focam a

efetividade da jurisdição em termos de celeridade, não estando mais preocupados em identificar a que custo essa celeridade está sendo obtida ou se essa propalada celeridade efetivamente existe.

Marcelo Lima Guerra (1998, pp. 208-209), após anotar que o direito alemão é a mais coerente quanto ao tema, pois reverte o valor da *astreinte* para o Estado e lhe confere a legitimidade para execução do valor correspondente, anota que ela não poderia ser utilizada no Brasil, sem previsão legal, em função de problemas ligados à legitimidade *ad causam*:

É que não sendo o credor o beneficiário da multa, não seria dele, e sim do Estado, a legitimidade *ad causam* para a cobrança *in executivis* da quantia devida com a aplicação daquela medida. Para que o credor gozasse dessa legitimidade, ela, por ser extraordinária, necessitaria ser-lhe atribuída por expressa determinação legal. Dessa forma, a eficácia coercitiva da multa poderia ficar seriamente comprometida, em virtude de sua atuação concreta ficar a depender da iniciativa de órgãos públicos, com seus conhecidos problemas de excesso de trabalho e entrave burocrático.

No mesmo sentido são as ponderações de Eduardo Talamini (2003, pp. 264-265):

Primeiro, a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto *interesse* na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido (note-se que, para tanto, a simples atribuição da legitimidade extraordinária para o autor executar a multa, caso essa fosse destinada ao Estado, não bastaria).

Em segundo lugar, sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este poderia utilizá-lo em eventual composição com o adversário. O demandante pode abrir mão, total ou parcialmente, de receber o montante decorrente da multa, em transação cuja contrapartida seja o cumprimento pelo réu do dever ou de não fazer (pressupondo-se, evidentemente, ainda haver possibilidade do resultado específico). Já se o beneficiário da multa fosse o Estado ou um fundo público, a disponibilidade de tal crédito pelo autor, para fins de transação, seira, no mínimo, objeto de intensa discussão.

Esse enfoque na celeridade ganhou elevada importância na discussão da questão. Há autores que, a despeito de reconhecerem sérios inconvenientes na atribuição do crédito da multa coercitiva ao autor, acabam se rendendo a essa tese justamente por conta desses argumentos (AMARAL, 2010, pp. 241-243 e SPADONI, 2007, p. 197).

Sérgio Cruz Arenhart (2008, pp. 541 e pp. 548-549) contorna esses argumentos aduzindo que a execução do crédito decorrente da multa não deveria

seguir o rito da execução das obrigações de pagar quantia (cumprimento de sentença) previsto no CPC, devendo ser realizada de ofício pelo juízo, sem maiores formalidades.

Não é possível aderir a esse posicionamento, seja porque a execução do crédito da multa é execução por quantia certa, que deve estar sujeita à disciplina do CPC sobre o tema – ninguém duvida que a prisão civil por dívidas deve seguir os requisitos que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal prevêem para as prisões em geral, apesar de não ser uma medida penal –, seja porque a atribuição ao juízo da possibilidade de instauração oficiosa do processo executivo representar mácula ao princípio dispositivo, que funciona como uma das mais sólidas garantias da imparcialidade do juiz⁵⁵.

Em verdade, é preciso anotar que sequer se sustenta a propalada celeridade processual. Isso porque os argumentos apresentados possuem sérias falhas, seja por refletirem uma realidade apenas parcial, seja por partirem de premissas que não estão empiricamente demonstradas.

Ao trazer à tona as disfuncionalidades operacionais do Estado-administração para engendrar a execução do crédito decorrente da multa coercitiva (grande quantidade de trabalho e entrave burocrático), foram esquecidas as não menos comprometedoras disfuncionalidades dos atores privados e do Judiciário.

Ora, não se pode olvidar que grande parte dos autores dos processos são carentes de recursos, o que os impede de perseguir a contento a execução do crédito decorrente da *astreinte*, principalmente quando no outro polo da relação processual se encontram grandes corporações ou mesmo o Poder Público. Apenas as grandes corporação privadas, dotadas de eficientes departamentos jurídicos, estariam, em tese, menos sujeitas às disfuncionalidades apresentadas.

Encarado sob essa perspectiva, o argumento serviria para respaldar a conclusão segundo a qual, apenas quando uma grande corporação fosse a autora do processo, o instituto da multa coercitiva seria eficaz, pois essa seria a única hipótese em que, aprioristicamente, não seria possível vislumbrar, ou se vislumbraria

55 Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 63) ensina que “a razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição”. Rui Portanova (2008, p. 71) também não negligencia a ligação entre o princípio dispositivo e a imparcialidade, aduzindo que “costuma-se justificar o presente princípio com a alegação de preservação da imparcialidade, já que se ao juiz fosse dado iniciar um processo, ele estaria psicologicamente comprometido com a solução final”.

em menor escala, eventual excesso de trabalho ou entraves burocráticos.

O argumento também faz tábua rasa das disfuncionalidades da própria administração da Justiça, que atingem indistintamente tanto o Estado como o particular quando litigam em juízo.

Em suma, a construção em torno da celeridade não subsiste porque, arbitrariamente, seleciona-se apenas as disfuncionalidades de um dos atores envolvidos na questão para elegê-la como elemento chave da conclusão, olvidando as disfuncionalidades de mesmo nível detectadas nos demais sujeitos.

Ademais, essa construção em torno da celeridade está mal direcionada, pois, se os problemas práticos arrolados constituem óbice à efetividade da multa coercitiva, eles devem ser objeto de enfrentamento e solução, e não simplesmente contornados com a atribuição do crédito da multa a outro sujeito, que sequer está isento de problemas de semelhante envergadura.

Por outro lado, afirmar que a execução do crédito da multa cominatória será mais expeditamente realizada caso o valor envolvido seja atribuído ao autor carece de base empírica, pois se é certo que as execuções movidas pelos particulares se *instauram* mais rapidamente do que aquelas movidas pelo Poder Público, não há dado estatístico indicando que aquelas *terminem exitosamente* antes destas, sendo óbvio que a celeridade da *astreinte* não se liga à rapidez na instauração da execução, mas sim na rapidez de seu desfecho.

Logo, sem que haja uma base empírica de cunho estatístico dando conta de que as execuções movidas pelos particulares são mais exitosas que aquelas conduzidas pelo Poder Público, o argumento lançado não pode ser considerado.

Note-se, aliás, que, partindo da premissa de que as normas jurídicas são dotadas de um mínimo de efetividade, é de se ver que, mantendo a discussão sem uma base empírica estatística, é de se presumir que as execuções levadas à cabo pelo Poder Público sejam mais expeditas que as dos particulares, dado que elas se sujeitam a um regime especial, fixado pela Lei de Execuções Fiscais (LEF) – Lei nº 6.830/1990 –, estatuído justamente para conferir ao crédito público uma execução mais expedita do que aquela a que se sujeitam os créditos privados comuns.

Por fim, o argumento atinente à possibilidade de composição parece não ser suficientemente forte porque admitir a composição entre credor e devedor com

relação ao valor da multa é manter resquício de natureza privada em instituto que, como visto, deve ser encarado essencialmente pela perspectiva pública.

Por outro lado, e ainda mais importante, parece que a possibilidade de a composição entre credor e devedor facilitar o cumprimento da decisão é mais aparente do que real, haja vista que, diante da ampla possibilidade de modificação oficiosa do valor da multa, nos termos do art. 461, § 6º do CPC⁵⁶, é mais crível que o devedor, na condição de maior beneficiário da composição, acredite numa redução equitativa advinda do juízo, que é imparcial, do que da outra parte, com quem guarda, ainda que em reduzido grau, uma certa animosidade.

De se ver, portanto, que não é possível concluir que a atribuição do crédito da *astreinte* ao autor seja um elemento que encontre respaldo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em sua dimensão objetiva, mesmo que encaremos este sob a perspectiva relacionada exclusivamente à celeridade, dado que não há elementos empíricos que sustentem com firmeza que a execução movida pelos particulares é mais rápida e exitosa do que aquelas movidas pelo Poder Público.

5.1.5 A vedação constitucional ao enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa é definido como o acréscimo patrimonial destituído de causa lógico-jurídica idônea. Para Luiz Edson Fachin (2003, p. 296):

O enriquecimento sem causa, ligado à noção de atribuição patrimonial, ocupa espaço cada vez mais relevante no estudo dos contratos. A atribuição patrimonial corresponde ao ingresso em uma esfera jurídica de um montante ou de um bem com valor pecuniário, ou mesmo de um interesse conversível em pecúnia. Essa atribuição deve possuir uma causa, uma base na qual se assenta. Quando essa base de equilíbrio originário desaparece, há o chamado enriquecimento sem causa.

Como se pode ver, a maior parte dos estudos sobre a vedação ao enriquecimento sem causa parte do Direito Civil, mormente do campo das obrigações e dos contratos. Isso se dá, em boa parte, porque a matéria é

56 Ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, v. 3, p. 86): "O art. 461, § 6º, do CPC, ao permitir que o juiz reduza ou aumente o valor da multa fixada na sentença transitada em julgado, deseja evidenciar que a parte da sentença que fixa o valor da multa não fica imunizada pela coisa julgada material. A intenção desta norma é permitir que o juiz altere o valor ou a periodicidade da multa, segundo as necessidades de cada caso concreto, independentemente da alteração da situação fática sobre a qual recaiu a sentença e a multa que nela foi fixada."

expressamente regulada nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

Em verdade, a vedação ao enriquecimento sem causa vai muito além do Direito Civil.

Silvio de Salvo Venosa (2004, v. 2, p. 203) consigna que o enriquecimento sem causa é “injusto, imoral e, invariavelmente, contrário ao direito, ainda que somente sob o aspecto da equidade ou dos princípios gerais de direito”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, pp. 4-5), debruçando-se sobre a proibição do enriquecimento sem causa no Direito Administrativo, qualifica-o como um princípio geral do direito, e, portanto, aplicável indistintamente tanto ao direito privado como ao direito público.

A categoria que recebe o nome de princípios gerais de direito corresponde no mais das vezes a um conjunto de termos e definições que descrevem o conteúdo do direito. Ela corresponde a um instrumento técnico a cargo dos juristas para lhes facilitar a comunicação. No dizer de Eros Roberto Grau (2006, p. 143), “os *princípios gerais do direito* pertencem à linguagem dos juristas. São proposições descritivas (e não normativas) através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo”.

Ao se referir à vedação ao enriquecimento sem causa, não temos em mente uma proposição que descreve um fenômeno, mas sim uma norma de direito que qualifica como proibida as condutas que configurem enriquecimento de alguém sem a existência de uma causa lógico-jurídica idônea. Desse modo, a vedação ao enriquecimento ilícito não é um princípio geral do direito, mas sim uma norma de direito positivo, sendo necessário extrair-lhe uma base normativa que vá além dos já mencionados dispositivos do Código Civil.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2006, v. 2, p. 751) dão notícia de que o STF já julgou no sentido de ser a proibição ao enriquecimento sem causa uma garantia constitucional implícita.

De fato, no AI 182458 AgR, o Ministro relator, Marco Aurélio, tendo sido seguido à unanimidade, no âmbito da 2ª Turma do STF, apreciando questão envolvendo a atualização monetária de créditos do ICMS – matéria tributária, de direito público –, qualificou a vedação ao enriquecimento sem causa como garantia constitucional implícita. Fê-lo, todavia, sem qualquer análise mais acurada, tendo se

limitado a sustentar essa qualificação singelamente.

Em verdade, há duas perspectivas pelas quais é possível encontrar um fundamento constitucional para a vedação ao enriquecimento sem causa.

A primeira, diz com o fato de o enriquecimento destituído de causa lógico-jurídica idônea não representar nada mais do que a especificação do já analisado princípio da razoabilidade.

Já foi visto que a razoabilidade exige uma relação de congruência entre a realidade dos fatos e aquela projetada pela norma (congruência externa). Assim, o enriquecimento sem causa, que pressupõe a ausência dessa congruência, denominada “causa lógico-jurídica idônea”, não passa de uma especificação da razoabilidade, forjada no campo do direito privado, mas aplicável a todo o Direito.

Desse modo, o fundamento constitucional para a vedação ao enriquecimento sem causa pode ser vislumbrado no mesmo fundamento constitucional da razoabilidade, quais sejam, o art. 1º, *caput* (Estado Democrático de Direito), o art. 5º, *caput* (isonomia) e inciso LV (devido processo legal) da CF/88.

Outra perspectiva pela qual se pode vislumbrar o fundamento constitucional da vedação ao enriquecimento sem causa é a partir da leitura do direito à propriedade, do qual o enriquecimento é um fenômeno logicamente correlato, e a solidariedade constitucional, em especial a função social da propriedade. Trata-se de conjugar a leitura do art. 5º, XXII (direito de propriedade) com o inciso XXIII (função social da propriedade) do mesmo artigo e o inciso I do art. 3º (sociedade solidária como objetivo constitucional), todos da CF/88, de modo a concluir que o enriquecimento (direito de propriedade) tem que atender a uma causa (razão) socialmente idônea (solidariedade constitucional e função social da propriedade) para que possa receber proteção jurídica.

Importante frisar, nesse passo, que a solidariedade constitucional e a função social da propriedade apresentam-se como elementos que conformam o próprio direito à propriedade, não apenas como meros limites. Elas são elementos essenciais para a racionalização da propriedade enquanto direito. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2002, p. 226), tendo em vista o ordenamento italiano, mas em lições inteiramente aplicáveis ao ordenamento brasileiro, até mesmo em virtude da correspondência entre textos normativos, ensina que:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2º Const. [da Itália, no Brasil, arts. 1º e 3º]) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individualização da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Feita essa breve digressão, é possível vislumbrar que a destinação do crédito da multa coercitiva ao autor da demanda, e não ao Estado, representa claro enriquecimento sem causa.

O patrimônio do autor está amplamente resguardado pelas perdas e danos, que, em virtude do princípio da ampla reparabilidade (art. 944 do Código Civil), englobam tanto os danos decorridos do inadimplemento da obrigação como aqueles decorrentes do processo. Até mesmo a compensação pela demora no inadimplemento, independentemente da comprovação do dano, que obviamente engloba o período corresponde à marcha processual, está resguardada pelos juros de mora, que são contáveis não só para as obrigações de pagar quantia, mas também para as obrigações de fazer, não fazer e entrar coisa diversa de dinheiro (art. 407 do Código Civil)⁵⁷.

Desse modo, atribuir ao credor uma quantia a mais, em decorrência do inadimplemento da obrigação consignada na decisão judicial, sem que tal quantia tenha justificativa na reparação do dano por ele sofrido ou da demora no adimplemento da obrigação, representa enriquecimento destituído de causa lógico-jurídica idônea.

É interessante constatar que a questão do enriquecimento sem causa é considerada tanto no direito francês⁵⁸ como no direito brasileiro.

Aqui, Luís Guilherme Marinoni (2006, p. 222), por exemplo, é preciso ao

57 Segundo Mário Luiz Delgado Régis (2012, p. 977): “Do art. 407 decorrem dois princípios: 1º) Os juros de mora são devidos, independentemente da alegação do prejuízo, já que este será sempre decorrente da demora culposa do devedor em cumprir ou do credor em receber a prestação. 2º) Os juros de mora são devidos, independentemente da natureza da prestação”.

58 As posições de Pierre Hébraud, Pierre Raynaud, André Tunc e Jean Carbonier são noticiadas por Luís Guilherme Marinoni (2006, pp. 222-223), enquanto Marcelo Lima Guerra (1998, pp. 123-124) dá conta da posição de Perrot e Boyer, todas no sentido de que há um indevido enriquecimento do autor com a reversão para si do crédito das *astreintes*.

identificar as razões pelas quais ocorre enriquecimento sem causa na espécie:

[...] A multa, ainda que mediatamente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa, precipuamente, a garantir a efetividade das decisões do juiz. Sem a multa não seria possível ao Estado exercer plenamente a atividade jurisdicional, até porque a sentença mandamental se constituiria em mera recomendação, a refletir a falta de capacidade do Estado para tutelar efetivamente os direitos. É ela, portanto, instrumento indispensável para o Estado exercer seu poder. Prova disso está no fato de o Código de Processo Civil admitir ao juiz impor a multa de ofício na tutela antecipatória, na sentença, e ainda na fase executiva (art. 461, § 4º e 6º). (...)

A cumulação das perdas e danos com a multa *não espelha o direito do autor*. O autor, no caso de direito patrimonial, deve ser indenizado por perdas e danos; por outro lado, no caso de direito não patrimonial, não é o valor da multa que será capaz de remediar alguma coisa, já que, se a indenização é insuficiente para a tutela desses direitos, não será o valor da multa que compensará adequadamente o autor pela lesão sofrida.

A multa, mesmo quando postulado pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a ideia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um *plus* indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Apesar dessas razões, o autor aduz que “o legislador brasileiro, contudo, ainda poderá deixar claro que a multa não reverte em benefício do autor, mas sim em proveito do Estado” (*idem*, p. 223), aderindo, com isso, à interpretação, que já foi visto ser equivocada, de que o art. 461, § 2º do CPC garantiria a reversão do valor da multa ao autor.

Joaquim Felipe Spadoni (2007, pp. 196-197) também destaca, na mesma linha de razões, que a atribuição do valor do crédito da *astreinte* ao autor gera enriquecimento sem causa:

Com efeito, ao se reconhecer na imposição da multa cominatória uma medida de direito público, de caráter processual, destinada a assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar justificção lógica para ter o autor da ação direito a receber a importância decorrente da aplicação da multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.

(...)

Realmente, tal solução possui o grave inconveniente de atribuir ao autor da demanda o direito de receber uma quantia em dinheiro que não deriva da relação jurídica que possui com a parte ré, e que não é aquela correspondente às perdas e danos a que eventualmente pode fazer jus. É dada uma vantagem pecuniária ao autor, em detrimento do réu, sem que para isso se tenha um respaldo lógico-jurídico suficientemente justificador.

Também aqui o autor abandona essas razões para concluir que a solução pela atribuição do valor da multa ao autor “é a que melhor dá eficácia ao instrumento coercitivo disponibilizado, sendo justificada por razões pragmáticas” (*idem*, p. 197), que já foram enfrentadas e devidamente refutadas.

Marcelo Guerra (1998, p. 206) pontua que a adoção, no Brasil, da solução francesa, tem sido feita sem levar em consideração as críticas que lá se faz com relação à configuração do enriquecimento sem causa na atribuição do crédito da multa coercitiva ao autor. Porém, após destacar que o direito alemão, destinando o valor integral do crédito ao Estado, é o que oferece a melhor solução, conclui, levando em conta os argumentos já analisados relacionados à dificuldade de execução pela Fazenda e uma tortuosa analogia com o art. 601 do CPC, que a solução do direito francês é a que deve ser adotada no Brasil, por ser “menos problemática e a única para a qual se pode encontrar um fundamento jurídico” (*idem*, pp. 207-210).

Guilherme Rizzo do Amaral (2010, pp. 232-243) chega a pôr em confronto todas essas razões, mas, também movido pelos argumentos de ordem programática, conclui que a solução pela reversão do valor da multa ao autor é a mais acertada. Ele consigna que

reconhecendo não haver fórmula perfeita para a sistemática das *astreintes*, visto que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinadas situações seu enriquecimento injusto, é de ser mantida a sistemática atual (*idem*, p. 243).

Para amenizar essa conclusão, todavia, o autor sugere que o juiz, aplicando a multa, dose-a de modo a minimizar seus efeitos coletivos, inclusive com a possibilidade de suprimi-la quando houver utilização abusiva:

Note-se, entretanto, que, por consistir em *técnica de tutela* a serviço do juiz, na busca da obtenção da tutela específica do autor, àquele assiste o poder de coibir abusos, de *dosar* as *astreintes* de forma a *minimizar* seus efeitos colaterais, dentre eles o enriquecimento injusto do demandante. Essa dosagem manifesta-se na possibilidade de redução do valor da multa e até mesmo na supressão do crédito dela resultante. (*Ibidem*, p. 243)

É possível vislumbrar, assim, que a maior parte da doutrina faz uma ponderação, muitas vezes de modo implícito, outras vezes de modo tímido e metodologicamente desorientado, para concluir pela prevalência da efetividade conferida pela atribuição do valor da *astreinte* ao autor sobre o enriquecimento sem causa que essa situação gera.

Urge, portanto, que seja realizada uma ponderação dentro de balizas metodológicas mais precisas, o que implica se valer do postulado normativo da proporcionalidade.

5.1.6 A aplicação dos postulados normativos da proporcionalidade e da ponderação

Como já visto, o postulado normativo da proporcionalidade implica a análise da relação entre meios e fins, submetendo-a a três testes sucessivos, quais sejam, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, sendo este último nada mais do que a aplicação do postulado normativo da ponderação.

Impõe-se, assim, inicialmente, a definição do fim a ser atingido e os meios disponíveis para tanto.

O fim a ser atingido pela multa coercitiva é a obtenção da tutela jurisdicional efetiva da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro. Por tutela jurisdicional efetiva, deve-se entender uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada.

Os meios disponíveis para tanto, tendo em conta o crédito gerado pela eventual incidência da multa coercitiva, são a atribuição do valor ao próprio autor da execução ou ao Estado.

Antes de continuar, urge ressaltar que se adota, nesse ponto, uma premissa que pode parecer conflitante com o que já foi defendido até agora. Trata-se de admissão de que o meio consubstanciado na atribuição do valor da multa coercitiva ao autor representa um certo ganho em termos de celeridade processual. Essa afirmação, como visto em momento anterior, não pode ser tomada como correta porque carece de uma base empírica confiável, realiza um corte parcial da realidade e representa um desvio de perspectiva no adequado tratamento da questão. Urge, todavia, na análise aqui empreendida, tomá-la como correta, ainda que por suposição, pois somente assim torna-se viável o exame da proporcionalidade em todas as suas faces.

O teste da adequação determina que o meio deve ser considerado

adequado quanto promove, ainda que minimamente, o fim almejado. O meio somente não será adequado quando for patente que ele não contribui para a realização do fim.

Nesses termos, parece não ser possível vislumbrar muita dificuldade em concluir que a única medida que seria reprovada no teste da adequação seria a atribuição do crédito da multa coercitiva ao próprio executado, destinatário da ordem judicial.

Tanto a destinação do crédito tanto ao autor como ao Estado são medidas adequadas, pois não é possível vislumbrar como essas medidas representariam um embaraço incontornável à prestação da tutela jurisdicional executiva.

A verificação da adequação da destinação do valor do crédito ao Estado ganharia um pouco de complexidade se se defendesse que a atribuição do crédito da multa ao autor representaria a nulificação da eficácia do instituto. Guilherme Rizzo do Amaral, por exemplo (2010, p. 243), claramente assenta que a atribuição do crédito da multa ao Estado “lhe retira a eficácia”.

Ocorre, porém, que a destinação do crédito da multa ao Estado somente não seria medida adequada se representasse embaraço incontornável à efetividade da tutela executiva. Para tanto, ter-se-ia que admitir que a execução dos créditos de titularidade estatal possuem grau de eficácia zero, ou algo próximo, fato esse notoriamente falso. Aliás, quem defende que a atribuição do crédito da multa ao Estado não é medida adequada, não chega a defender que esse crédito nunca seria executado, mas sim que haveria problemas na celeridade dessa atividade. Logo, o crédito da multa coercitiva, atribuído ao Estado, será executado, ainda que em tese de maneira menos rápida do que com a atribuição a outrem, que não o próprio executado, obviamente. Assim, a atribuição do crédito da *astreinte* ao Estado também se apresenta como medida adequada.

O teste da necessidade implica a comparação das medidas de mesma eficácia, de modo a aferir aquela mais restritiva a direitos fundamentais, afastando-a.

Esse teste pode parecer simples num primeiro momento, pois basta reputar que a atribuição da multa ao Estado e ao autor representariam a mesma eficácia na consecução do objetivo escolhido, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente adequada.

Assim, o exame da necessidade seria deslocado para a análise da restrição do grau de afetação dos direitos fundamentais envolvidos. Nesse caso, a atribuição da multa ao Estado, e não ao autor, representaria uma restrição ao direito fundamental a um processo célere, enquanto a atribuição do valor ou autor, não ao Estado, não implicaria qualquer ofensa a direito fundamental. Logo, a medida representada pela destinação do crédito da multa coercitiva ao Estado seria mais restritiva ao direito fundamental do autor à celeridade processual, motivo pelo qual se mostraria desnecessária.

Ocorre, porém, que o primeiro equívoco do teste na forma acima delineada é não deixar claro o motivo pelo qual haveria de se reputar que a destinação do crédito da *astreinte* ao Estado e ao autor são medidas de igual eficácia na consecução do direito fundamental a uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada, o que impõe a realização de uma análise preliminar do que há de ser entendido por eficácia, aferindo se, efetivamente, essas duas medidas são equivalentes para esse fim.

Por eficácia deve-se entender a capacidade de promoção do fim. Nesses termos, como bem pontua Humberto Ávila (2009a, p. 171), a dificuldade se apresenta quando se tem em conta que a promoção do fim por um meio pode-se dar de formas as mais diversas, ou seja, um meio pode promover um fim de forma qualitativamente, quantitativamente ou probabilisticamente melhor que o outro. A combinação desses fatores, inclusive, pode-se dar das mais diferentes maneiras e a implementação ótima de cada um pode se dar em meios diferentes. Assim, se um meio promove quantitativamente melhor o fim, pode ser que o outro meio, em comparação, promova qualitativamente melhor o fim.

É possível, assim, ver que o exame da necessidade mostra-se complexo no presente caso, já que é possível assentar que a destinação do crédito da *astreinte* ao Estado é medida qualitativamente superior na consecução da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente adequada, pois não incorre na vedação ao enriquecimento sem causa, enquanto a destinação ao autor é medida quantitativamente superior na promoção do mesmo fim, já que implicaria ganho de celeridade, mas qualitativamente inferior, ao permitir a ocorrência do enriquecimento sem causa.

Tendo em conta a dificuldade que surge nesse tipo de comparação, que opõe diversos critérios entre si, Humberto Ávila (2009a, p. 171) acertadamente conclui que somente se pode reputar desnecessário um meio “quando ele for manifestamente menos adequado que outro”.

No presente caso, parece não ser possível afirmar que a atribuição do crédito da multa coercitiva ao Estado é medida manifestamente inadequada na consecução da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente adequada, em comparação com a destinação do mesmo valor ao autor.

Em verdade, aqui, tem-se o conflito entre os graus de promoção do fim pelas medidas – uma medida promove melhor, enquanto outra promove mais o fim almejado – e entre estes e o grau de restrição provocado ao direito fundamental envolvido. A solução para esse impasse não é dado pelo teste da necessidade, mas sim pelo último dos testes da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, equivalente ao postulado da ponderação, que vai ter por objeto, no caso, os critérios relacionados à promoção do fim (qualitativo e quantitativo) e o grau de restrição provocada ao direito fundamental.

Passando, então, à ponderação exigida pela proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que os objetos a serem ponderados, no caso, são a promoção qualitativa do fim propiciada pela medida consubstanciada na entrega do valor da multa coercitiva ao Estado e a promoção quantitativa do fim propiciada pela entrega desse mesmo valor ao autor da demanda.

Não são esses dois únicos elementos que devem ser objeto de ponderação, contudo. Devem ser objeto de ponderação todas as normas envolvidas e respectivos interesses protegidos.

Nesse passo, é preciso fazer uma distinção entre os interesses ligados à aplicação da multa coercitiva em si, como meio de execução indireta, e os interesses envolvidos na destinação do crédito decorrente de sua aplicação, quando a coerção objetivada não se traduziu no cumprimento da decisão.

No primeiro caso – interesse na aplicação da multa coercitiva em si –, já ficou claro que é o interesse público de prestação efetiva de tutela jurisdicional o interesse diretamente protegido pelo instituto, e não o interesse material do credor.

Além disso, como já frisado, a *astreinte* é instituto umbilicalmente ligado à

função jurisdicional do Estado, que, apesar de instrumental, é autônoma em relação ao direito material em execução⁵⁹.

Considerando, assim, que a multa cominatória é instituto primordialmente destinado ao resguardo do interesse público, é incoerente defender que um aspecto secundário seu – o crédito decorrente de sua incidência – seja desafetado do regime jurídico de direito público exclusivamente para contemplar o interesse privado do autor da demanda.

No segundo caso – interesses relacionados especificamente ao crédito decorrente da incidência da multa –, calha destacar que os interesses públicos dividem-se, segundo doutrina amplamente aceita no Brasil, em interesses públicos primários e interesses públicos secundários⁶⁰.

Os interesses públicos primários correspondem aos interesses fundamentais da sociedade, que cabe ao Estado proteger e fomentar, tais como a segurança pública, a saúde e a educação, enquanto os interesses públicos secundários são os interesses que o Estado titulariza enquanto parte de uma dada relação jurídica, correspondendo, grosso modo, à minimização de despesas e maximização de receitas. É importante destacar que alguns interesses individuais correspondem a interesses públicos primários, como aqueles constitucionalizados sob a forma de direitos fundamentais, a exemplo do direito de propriedade (art. 5º, *caput* e inc. XXI).

Faz-se imperioso, contudo, advertir, ao contrário do que faz, ainda que implicitamente, alguma doutrina, que não se pode afirmar que os interesses individuais gozem de primazia sobre os interesses públicos secundários.

Os interesses públicos secundários são importantes, e devem ser contemplados em pé de igualdade com os interesses individuais. Sobre a importância dos interesses públicos secundários, Luis Roberto Barroso (2009, p. 70) ensina:

59 O instrumentalismo não nega a autonomia do direito processual em face do direito material. Ele apenas defende a correção dos excessos decorrentes da autonomia quase absoluta apregoada pelo conceptualismo, que o precedeu. José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 20) assevera que “não se trata de regresso a fases já superadas do estudo do processo. Reconhece-se e defende-se a autonomia do direito processual. Não se aceita, todavia, seu isolamento, mormente por se tratar de ciência instrumental. São estéreis as construções processuais que não proporcionam real contribuição para o escopo do processo”.

60 Essa distinção, cunhada na doutrina italiana, foi difundida no Brasil principalmente graças ao trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, pp. 55-58).

O interesse público secundário, não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.

Nesse contexto, observa-se que a destinação do crédito da *astreinte* ao Estado atende, de forma direta, o interesse público secundário de aumento das receitas e fomenta, no mínimo indiretamente, o interesse público primário de incremento do serviço de prestação da Justiça, já que os valores arrecadados podem ser afetados ao próprio Poder Judiciário. Não há, por outro lado, qualquer prejuízo aos interesses individuais do autor da demanda.

Por outro lado, a destinação do crédito da multa cominatória ao autor da demanda atende seu interesse exclusivamente individual de aumento patrimonial e mais nada. Nesse caso, não há atendimento ao interesse individual constitucionalizado no direito fundamental de propriedade, já que o art. 461, § 2º do CPC já garante a ampla reparabilidade das perdas e danos independentemente das *astreintes*. Nessas circunstâncias, nos casos de litigância contra o Estado, e admitindo a possibilidade de aplicação da multa cominatória contra a própria pessoa jurídica de direito público, há sério gravame ao interesse público secundário de diminuição de despesas e incremento de receita, com sérios riscos de comprometimento dos interesses públicos primários que poderiam ser melhor atendidos com os recursos utilizados no pagamento da *astreinte*.

Fazendo uma síntese, é possível vislumbrar, como vantagem da atribuição do valor das *astreintes* ao Estado o, atendimento à norma constitucional que veda o enriquecimento sem causa e o incremento da arrecadação, que pode ser revertido para melhoria da prestação do serviço jurisdicional como um todo, e como desvantagem uma certa restrição ao direito do autor à celeridade processual. Como vantagem da atribuição da *astreinte* ao autor, pode-se assentar o incremento da celeridade processual, tendo como desvantagem o acréscimo patrimonial do autor não amparado pelo direito fundamental à propriedade e concomitantemente ofensivo à vedação constitucional ao enriquecimento sem causa com a impossibilidade de incremento da arrecadação e possível efeito positivo no interesse público primário

de melhoria do serviço jurisdicional como um todo.

Vê-se, assim, que a atribuição do crédito da multa coercitiva ao Estado gera desvantagem (certa perda de rapidez) menor que aquelas verificadas quando se destina o mesmo valor ao autor (violação à vedação constitucional do enriquecimento sem causa e impossibilidade de fomento dos interesses públicos), sendo a vantagem da destinação do crédito ao autor (certo ganho em rapidez) débil frente à vantagem da destinação ao Estado (observância à vedação ao enriquecimento sem causa conjugado com o incrementos dos interesses públicos).

O postulado da ponderação ainda exige uma reconstrução do raciocínio de molde a aferir a validade das regras que estabeleceram a precedência para além do caso concreto, o que pode ser feito, aqui, mediante a conclusão de que o incremento quantitativo (celeridade) de um aspecto de um direito fundamental (direito fundamental à efetividade), em detrimento de uma norma constitucional (vedação ao enriquecimento sem causa), não se justifica diante de medida alternativa que, não nulificando, ou não restringindo gravemente, o aspecto do direito fundamental incrementado pela medida diversa (celeridade), ainda dá guarida à norma constitucional violada (vedação ao enriquecimento sem causa) e abre a possibilidade de incremento de interesses públicos secundários (incremento da arrecadação) e primários (prestação do serviço jurisdicional) de relevância constitucional.

Verifica-se, assim, que a atribuição do crédito da multa coercitiva ao autor não passa no teste da proporcionalidade em sentido estrito/postulado normativo da ponderação, razão pela qual ela é medida juridicamente equivocada, enquanto a atribuição do mesmo crédito ao Estado é medida aprovada pelo mesmo teste.

5.1.7 A analogia com a multa coercitiva prevista no processo coletivo

A analogia, meio que “consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado” (DINIZ, 2007, p. 116), reforça a conclusão pela destinação do crédito da multa coercitiva ao Estado, e não ao autor da demanda.

O argumento analógico, no caso, é de forte persuasão não em função de uma eventual hierarquia estabelecida pelos arts. 4º da LINDB e 126 do CPC. Ele oferece uma forte razão para a solução da questão fundamentalmente porque apresenta uma forte racionalidade intrínseca e funciona como elemento de concretização de três princípios jurídicos fundamentais, quais sejam, a isonomia, a segurança jurídica e a separação de poderes.

A aplicação da analogia dá guarida ao princípio da isonomia pois permite o tratamento igualitário de situações que, apesar de não serem idênticas, guardam semelhança em aspectos essenciais. Como bem frisado por Maria Helena Diniz (2007, p. 117), “o fundamento da analogia encontra-se na *igualdade* jurídica, já que o processo analógico constitui um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude”.

A segurança jurídica é fomentada pela analogia a partir do momento em que, para uma situação não expressamente regulada, prefere-se a aplicação de uma solução já prevista para um caso semelhante no lugar de se construir uma solução completamente nova. O prestígio a uma solução já existente contribui indubitavelmente para estabilidade e, principalmente, previsibilidade do direito, na medida em que os envolvidos podem trabalhar com as expectativas normativas decorrentes da situação já prevista, ainda que aplicáveis por similitude, enquanto a formulação de uma solução completamente nova é incapaz de fundamentar qualquer expectativa normativa.

Importa destacar, ainda, que a aplicação da analogia é instrumento que valoriza sobretudo o princípio da separação dos poderes, expressamente consignado no art. 2º da CF/88. Obviamente, a separação dos poderes nunca deve ser entendida como uma rígida e estanque divisão, mas sim como um mecanismo dinâmico de controles recíprocos. O texto constitucional, inclusive, não utiliza o termo “separação”, mas sim independência (“independentes”) e harmonia (“harmônicos”), denotando assim a necessidade de um constante equilíbrio nas influências recíprocas. Tal é o ensinamento de José Horácio Meirelles Teixeira (2011, p. 541), para quem

[...] o princípio da separação não deve absolutamente ser entendido como *separação rígida, isolamento* dos órgãos do Estado, no exercício das respectivas funções, mas sim no de *coordenação, cooperação* num jogo de *salutares influências, controles e limitações recíprocas*, tendo como objetivo

o equilíbrio político, a limitação do poder estatal e, daí, a efetiva proteção da liberdade e a melhor realização do Bem Comum.

Esse ponto de equilíbrio deve ser buscado sem olvidar que cada Poder possui uma esfera própria de atribuições, constitucionalmente traçada, que deve ser objeto de deferência pelos demais Poderes. José Horácio Meirelles Teixeira (*idem*, p. 543) também destaca esse elemento:

Dentro desse esquema de distribuição de poderes (funções e competências), traçados pela Constituição, devem os diferentes órgãos do Estado (Poderes), respeitando-o, respeitar a esfera de atuação constitucionalmente assinalada e assegurada aos demais, e justamente nesse respeito mútuo pela competência de cada um à sua independência e à harmonia de sua atuação conjunta.

O princípio da separação dos poderes, no campo da interpretação/aplicação do direito, é a base para o princípio hermenêutico da correção funcional, pelo qual, segundo Konrade Hesse (2009, pp. 115):

Se a Constituição regula, de certa maneira, a competência dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se no marco das funções que lhe são atribuídas; esse órgão não deverá modificar a distribuição das funções pela forma e resultado dessa interpretação.

Assim, é de se ver que a analogia impõe ao intérprete/aplicador, em especial o autêntico, ou seja, o juiz, o prestígio da solução dada pelo legislador em hipótese que guarde semelhança essencial, pois dá primazia à solução já construída por aquele que detém a competência constitucional para criar o direito genuinamente novo.

Em resumo, é de se ver que a analogia deve ser prestigiada fundamentalmente porque representa um limite à liberdade ao poder conformador do juiz, na sua atividade de aplicação/intepretação do direito, na medida em que o mantém preso ao direito positivo, como bem destaca Paulo Nader (1994, p. 211):

[...] ainda aqui o juiz, ou o simples intérprete, se mantém cativo ao Direito Positivo, pois não poderá agir com liberdade na escolha da norma jurídica aplicável. A sua função será a de localizar, no sistema jurídico vigente, a hipótese prevista pelo legislador e que apresente semelhança fundamental, não apenas acidental, com o caso concreto.

Para a aplicação da analogia, o principal desafio é que identificar entre o caso não-regulamentado e o caso regulamentado não qualquer tipo de semelhança, mas uma semelhança fundamental. Noberto Bobbio (1999, p. 153) adverte que:

Para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas

ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*, é preciso ascender dos dois casos uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências.

Carlos Maximiliano (2006, p. 173), de forma mais analítica, também destaca os requisitos necessários à aplicação da analogia:

“Pressupõe [a analogia]: 1º) uma hipótese não *prevista*, senão se trataria apenas de *interpretação extensiva*; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, *semelhança formal*; exige-se a *real*, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir entre ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas idéias *fundamentais*.

Fixadas essas premissas, deve-se identificar as multas que possuem previsão normativa quanto ao destinatário de seu crédito e fazer a devida comparação com a *astreinte* prevista no CPC, de modo a averiguar a existência, ou não, de semelhança fundamental.

No próprio CPC, encontramos as multas previstas no parágrafo único do art. 14 e no conjunto normativo formado pelos arts. 600 e 601. O crédito da multa prevista na primeira hipótese reverte para o Estado, enquanto, na segunda hipótese, é destinado ao exequente.

Nenhumas dessa multas, porém, guarda semelhança fundamental com a *astreinte*, já que ambas possuem natureza eminentemente punitiva, enquanto a multa cominatória é medida primordialmente coercitiva, cuja natureza punitiva, apesar de existente, é apenas secundária. A analogia com qualquer dessas figuras, portanto, mostra-se incabível.

Equívocada, portanto, a analogia empregada por Marcelo Lima Guerra (1998, p. 210) com o art. 601 do CPC, defendida nos seguintes termos:

[...] ambas tem um ponto de semelhança bastante significativo, que justifica a aplicação analógica do regime de uma a outra. Também a multa do art. 601 dá origem a um crédito sem nenhuma relação com o direito material tutelado no processo, em razão do que *inexiste qualquer fundamento lógico-jurídico a justificar que o credor da execução tenha direito a essa importância*. Tendo a lei, nesse caso, determinado que o valor da multa

beneficiasse o credor da execução, mesmo não tendo ele *direito* a tanto, é razoável pensar que a mesma solução seja dada à multa diária.

O raciocínio esgrimido, em verdade, é perverso. Se a norma do art. 601 do CPC não possui fundamento lógico-jurídico, ela é irrazoável (ofensa ao postulado normativo da razoabilidade enquanto exigência de congruência) e, conseqüentemente, inconstitucional. Assim, ela não poderia jamais ser utilizada como parâmetro de qualquer aplicação analógica, já que é dever do aplicador do direito, no caso, reconhecer a inconstitucionalidade e privar a norma de seus efeitos.

Na legislação extravagante, por sua vez, encontramos a multa prevista na Lei da Ação Civil Pública (LACP), no Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) e no Estatuto do Idoso (EI) (arts. 13, 214 e 84, respectivamente), cujo crédito é expressamente destinado a um fundo público, ou seja, ao Estado.

Entre a *astreinte* prevista no CPC e as multas previstas dos citados dispositivos da LACP, do ECA e do EI há mais do que semelhança em aspectos fundamentais. Trata-se, na verdade, do mesmo instituto, pois todas constituem meio executivo destinado a pressionar o devedor a cumprir voluntariamente a ordem judicial mediante ameaça de desfalque patrimonial que cresce, sem prévia limitação, à medida que o inadimplemento se protraí no tempo.

A única diferença entre essas multas é sua topografia normativa: uma está prevista no CPC, norma processual de cunho geral, enquanto as outras estão previstas em diplomas extravagantes, componentes do microssistema do processo civil coletivo. Tal diferença, contudo, longe de constituir elemento que aconselhe o afastamento das figuras, deve ser encarada como uma forte razão para sua aproximação.

Os institutos do processo civil coletivo, que, segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 34), são motivados pela busca de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva, mediante a redução dos custos da prestação jurisdicional e a uniformização dos julgamentos, com o conseqüente incremento da segurança jurídica e da credibilidade do Judiciário como instituição republicana, devem ser cada vez mais utilizados como paradigmas na interpretação/aplicação/integração dos institutos do processo individual, de modo que haja um incremento qualitativo do processo civil como um todo.

Assim, aplicando analogicamente os arts. 13 da LACP, 214 do ECA e 84

do EI, é imperioso concluir que a multa prevista no CPC deve ter como beneficiário não o autor da demanda, mas sim o Estado⁶¹.

5.1.8 O destinatário da astreinte nas demandas envolvendo o Estado como réu

Há um forte argumento utilizado para fundamentar a destinação do valor da multa cominatória ao autor: caso se reconheça o Estado, e não o autor, como o beneficiário do crédito da *astreinte*, quando aquele fosse o destinatário da ordem judicial, ocorreria o fenômeno da confusão, tornado, assim, juridicamente inviável a utilização desse meio executivo nos processos contra a Fazenda Pública (ALVIM, 2004, p. 100 e AMARAL, 2010, p. 141).

É importante destacar que a jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, corte constitucionalmente responsável pela uniformização da interpretação/aplicação da legislação federal, pelo menos até a apreciação do REsp 1006473/PR, nunca chegou a se debruçar com profundidade sobre as razões envolvidas na questão atinente à destinação do crédito da multa. Uma das principais

61 Como já explicitado, o estudo parte da constatação de não haver texto normativo expresso sobre o titular do crédito da *astreinte* no CPC. O CPC projetado, porém, traz a expressa previsão da destinação do referido crédito ao autor da demanda (art. 551, § 2º da versão aprovada na casa revisora, Câmara dos Deputados, e remetida à casa de origem, o Senado Federal – Substituto da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 - SCD nº 166/2010). A eventual aprovação desse dispositivo muda completamente a perspectiva do debate. O que foi objeto de análise até aqui foram os argumentos apresentados, diante da omissão legislativa, para concluir pela destinação do crédito ao Estado ou ao autor. Esses argumentos visam subsidiar a atividade decisória do juiz, que é, antes de tudo, um intérprete/aplicador do texto legal. Caso venha a se confirmar a previsão legal expressa destinando o crédito da *astreinte* ao autor da demanda, seria necessariamente inserido no debate a questão referente à liberdade de conformação do legislador, ou, como posto por Canotilho (2013, 1316), o princípio *não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa*, pelo qual “ao legislador ou órgão de direção política compete conformar a vida econômica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional”. Nesse caso, as críticas já traçadas em torno da celeridade e efetividade do processo perderiam sua razão de ser, ou se enfraqueceriam consideravelmente, pois o legislador poderia simplesmente acreditar que o mais adequado para conferir maior efetividade à *astreinte* seria a entrega de seu crédito ao autor da demanda, o que, num primeiro momento, sem prova contundente em sentido contrário, não poderia ser considerado equivocado, pois enquanto o intérprete/aplicador, para suportar sua conclusão, teria que comprovar que a reversão do crédito da multa coercitiva ao autor conferiria maior efetividade ao instituto, porque implicaria sua cobrança mais célere, se o legislador escolhesse atribuir expressamente o crédito da multa coercitiva ao autor, seria o intérprete que, divergindo da premissa, teria que comprovar que a cobrança empreendida pelo autor não seria mais efetiva do que aquela feita pelo Estado. De todo modo, o assunto permaneceria aberto, pois todas as demais razões, em especial aquelas ligadas ao enriquecimento sem causa, poderiam fundamentar uma eventual alegação de inconstitucionalidade.

razões para tanto pode ser apontada pelo fato de a questão ter sido levada sob a perspectiva fazendária de tentar se eximir da incidência do instituto, alegando, para tanto, que, sendo ela a destinatária do crédito correspondente, seria impossível a aplicação da *astreinte* contra si em virtude da confusão.

Antes de levantar essa tese, a Fazenda Pública já tinha, sem sucesso, buscado se eximir da incidência da multa coercitiva. No REsp 155.174/SP, o INSS argumentou que não era possível aplicar-lhe a *astreinte* porque o regime executivo a que estava submetido era aquele previsto no art. 730 do CPC (precatórios). O Ministro relator Fernando Gonçalves, que foi seguido pela unanimidade na turma, consignou, corretamente, que o regime do art. 730 do CPC era inaplicável, pois esse dispositivo trata de execução de obrigação de pagar, e não de obrigação de fazer, que era a de que tratava a espécie.

Interessante notar que, no REsp 267.446/SP, foi atacado acórdão que afastou a aplicação da multa valendo-se do seguinte argumento:

“[a] coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento de penalidade que foi imposta à agravante. Por isso a conclusão é de que o artigo 644 do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento da comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a conseqüente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências administrativas disciplinares que a Administração possa contra ele adotar.”

Referido argumento não foi expressamente rechaçado pelo Ministro relator Felix Fischer, que preferiu consignar não ser possível excluir a Fazenda Pública da incidência do art. 644 do CPC, pois não havia previsão legal nesse sentido. Citou, em reforço a sua argumentação, doutrina de Teori Albino Zavascki, segundo o qual não há razão para afastar a Fazenda Pública do regime de aplicação da multa cominatória.

Ora, o Tribunal local não chegou a solucionar a questão da melhor maneira, mas identificou um problema nevrálgico, qual seja, a ausência de coercitividade da *astreinte* quando dirigida diretamente contra a Fazenda Pública. Esse argumento simplesmente foi ignorado pelo STJ, que preferiu equacionar a questão em termos de previsão legal ou não da exclusão da Fazenda Pública do regime da multa coercitiva, não levando em consideração a efetividade do instituto.

O STJ enfrentou frontalmente a tese da confusão no REsp 770.753/RS, tendo consignado que não ocorreria o fenômeno da confusão em virtude de o destinatário do crédito da multa coercitiva ser o credor, e não o Estado. Para tanto, o Ministro relator Luiz Fux consignou que, ao contrário do alegado pela Fazenda Pública, a multa não seria crédito público porque nesses casos não se aplicaria o parágrafo único do art. 14 do CPC, dado que a multa aí prevista, de caráter punitivo, é inconfundível com a *astreinte*, de caráter exclusivamente coercitivo. Depois de fixar essa distinção, consignou o Ministro relator, com apoio em sua própria doutrina e na doutrina de Vicente Greco Filho⁶², que o crédito da *astreinte* reverte em favor do autor da demanda.

O certo é que acabou por se pacificar no STJ o entendimento de que a multa coercitiva pode ser direcionada contra a Fazenda Pública, como se pode ver nos AgRg no REsp 440.686/RS, AgRg no Ag 476.719/RS, AgRg no Ag 621.100/RS, dentre outros.

De todo modo, urge avaliar a correção do entendimento do STJ, enfrentando a possibilidade de o Estado, enquanto pessoa jurídica, ser o destinatário da multa coercitiva, focando a questão da eventual confusão que ocorreria quando a ordem judicial ampara pela *astreinte* fosse a si dirigida.

5.1.8.1 Da impossibilidade de o Estado ser o destinatário da multa coercitiva: necessidade de direcionamento da multa para o agente público.

Há autores que defendem a inaplicabilidade da *astreinte* contra a Fazenda Pública levando em conta a ineficácia da medida quando dirigida ao Estado. Vicente Greco Filho (2008, v. 3, p. 75) adota esse posicionamento aduzindo que:

Entendemos, também, serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra as pessoas jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo.

Araken de Assis (2007, p. 564), por sua vez, também leva em

62 Como será visto à frente, esse autor afasta a cominação da multa contra a Fazenda Pública por outros motivos.

consideração a potencial ineficácia da *astreinte* contra a Fazenda Pública, advogando técnica diversa no caso de execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro:

Em princípio, mostra-se cabível cominar *astreinte* à Fazenda Pública. (...) No entanto, a ponderação dos interesses recomenda outro expediente. É que, fluindo a multa, a ulterior execução do seu valor gravará toda a sociedade, em proveito de um credor, em geral drenando recursos das rubricas orçamentárias apropriadas (v.g., as que prevêm as verbas da saúde). E há tentação do agente político remeter para administrações vindouras o débito. Em lugar da *astreinte*, ocorrendo resistência da Fazenda Pública ao cumprimento de ordem judicial, melhor conduz o órgão judiciário identificando o agente público competente para praticar o ato, advertindo-o de que seu comportamento constituiu ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 599, II) e, baldados os esforços para persuadi-lo, aplicar a multa de que cuida o art. 14, V e parágrafo único, do CPC. A concreta vantagem do procedimento consiste no fato de que, ao contrário da *astreinte*, a referida multa atingirá o autor da resistência, e não a sociedade.

Esse autores são precisos na identificação do motivo pelo qual a aplicação da multa coercitiva diretamente contra a pessoa jurídica de direito público é medida ineficaz: esse expediente, ao fazer recair a ameaça sobre o patrimônio público, não pressiona aquele que é realmente responsável pela manifestação da vontade do ente público, quem seja, o agente público.

De fato, a imposição da *astreinte* contra a própria pessoa jurídica de direito público carece de fundamento lógico-jurídico, já que a *astreinte*, como meio executivo coercitivo, tem por finalidade convencer o credor a cumprir voluntariamente a ordem judicial, sob pena de desfalque patrimonial, sendo pressuposto da medida, portanto, que a vontade necessária ao cumprimento da ordem judicial e o patrimônio ameaçado concentrem-se na mesma pessoa.

Nas pessoas jurídicas de direito público, assim como nas pessoas jurídicas em geral, o patrimônio não é titularizado pelo responsável pela manifestação da vontade. As pessoas jurídicas possuem patrimônio próprio, mas, em virtude de sua condição de entidades criada pelo Direito, sem existência natural⁶³, não manifestam vontade por si próprias, fazendo-o apenas por meio de determinadas pessoa físicas, que, nas de direito público, são denominadas agentes

63 Hans Kelsen (2006, pp. 211-212) anota, com inteira logicidade, que o conceito de pessoa jurídica, tal como o conceito de pessoa física, que não se confunde com o conceito de homem, não é uma criação do direito, mas da ciência do direito, funcionando como verdadeiro conceito auxiliar, já que a atribuição de direito a deveres a determinada corporação nada mais é do que uma simplificação para se referir a direitos e deveres dirigidos a indivíduos que são órgãos e membros da corporação constituída através de um estatuto.

públicos. Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho (2013, pp. 268-269):

As pessoas jurídicas não têm existência concreta, física, Não são dotadas de autonomia existencial. Não são titulares de uma personalidade psicológica. Não têm *vida humana* em si mesmas.

A vontade das pessoas jurídicas se forma e se exterioriza a partir da atuação de pessoas físicas e ela vinculadas. Essas pessoas físicas são qualificadas como *órgãos* das pessoas jurídicas cuja vontade formam e exteriorizam.

A doutrina jurídica afirma que as pessoas jurídicas se valem das pessoas físicas como se fossem seus órgãos. A comparação é meramente simbólica. A finalidade da concepção orgânica é impedir o entendimento de que a pessoa física seria *representante* da pessoa jurídica. A teoria da representação acarreta a diferenciação entre a vontade do representante e a do representado. Mas a pessoa jurídica não dispõe de vontade autônoma distinta daquela da pessoa física que atua como seu órgão.

Assim, a *astreinte* dirigida ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público não cumpre o desiderato de coagir a vontade necessária ao cumprimento do comando judicial, já que esta reside no agente público.

A constatação dessa realidade, porém, não é razão para abandonar a utilização de instrumento tão eficaz como a multa cominatória nas demandas em que a Fazenda Pública figure como ré. Basta haver um redimensionamento teórico do instituto, reconhecendo-se que, nesses casos, a multa coercitiva só possui viabilidade prática quando direcionado para a figura do próprio agente público.

Alguns autores reconhecem a viabilidade de direcionar a *astreinte* diretamente contra o agente público. Marcelo Lima Guerra (2003, p. 197), nesse sentido, anota:

É que a medida coercitiva, repita-se, como instrumento de pressão psicológica, requer que seja exercida contra uma *vontade, enquanto fenômeno psíquico*. Daí que, imposta contra pessoas jurídicas, as medidas coercitivas tendem a ser eficazes apenas naquelas hipóteses em que possa, dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir também uma vontade humana.

Ora, em se tratando de pessoa jurídica de direito público percebe-se logo que é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer uma efetiva pressão psicológica sobre a vontade do exato agente administrativo responsável pelo cumprimento da ordem judicial. Daí a inoperância dessa medida quando utilizada contra tais pessoas jurídicas, sobretudo de direito público. Isso porque, incidindo sobre a própria pessoa jurídica, é o seu patrimônio que será imediatamente atingido pela medida, cabendo ao Poder Público propor ação regressiva contra o agente que deu causa à incidência concreta da multa para obter dele o ressarcimento. Sabendo-se que a propositura dessa ação depende, muitas vezes, de ato ou iniciativa desse mesmo agente, e pode sempre ser retardada por manobras políticas, mesmo com a saída de tal agente, tornar-se tão remota

a possibilidade dessa ação regressiva, que a ameaça da multa é drasticamente reduzida.

Para contornar tal situação, a multa diária deve ser cominada ao *próprio* agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*. Tal solução justifica-se pelas razões já expostas em defesa do uso, em geral, da multa contra terceiro.

Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 159) também defende o cabimento da multa cominatória contra o agente público, mas não afasta a possibilidade de sua exigência também da própria pessoa jurídica de direito público.

Parece mais apropriado, porém, aderir à posição de Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 538), para quem “é errado, no mais das vezes, atribuir a multa à pessoa jurídica”.

Assim, nas demandas em que a Fazenda Pública figure como ré, não é viável o manejo da *astreinte* contra a própria pessoa jurídica de direito público. Nesses casos, por imperativo lógico-jurídico, a *astreinte* deve ser cominada diretamente contra o agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial.

5.1.8.2 Alguns óbices ao direcionamento da multa ao agente público: a necessidade de releitura do contraditório como contraditório cooperativo.

A possibilidade de manejo da multa coercitiva diretamente contra o agente público, porém, não é questão pacífica. Há sérios argumentos contra essa solução.

Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 268), por exemplo, considera essa a melhor solução, mas defende sua aplicação de *lege ferenda*, pois, sem disposição legal expressa reconhecendo essa possibilidade, seria indevido o direcionamento da multa ao agente público, terceiro em relação ao processo.

Em verdade, as ponderações do autor parecem ter em mente a necessidade de que, na matéria, haja uma maior precisão por parte do texto normativo legal, como a denotar que a responsabilidade pela construção da norma que autorize o direcionamento da multa diretamente ao agente público seja quase que exclusivamente do legislador, não devendo haver maior espaço para a atividade criativa do intérprete/aplicador no caso.

É de se ver, contudo, como já dito antes, que o intérprete/aplicador do

direito, desde que devidamente ancorado em textos normativos postos pelo legislador, está autorizado a construir a norma jurídica, mesmo que ela não se contenha de modo evidente nos limites do texto. Assim, não parece ser óbice para o reconhecimento da aplicação da multa coercitiva diretamente contra o agente público o fato de o texto normativo legal não ser mais preciso quanto ao tema, podendo o intérprete/aplicador construir a norma que autorize essa aplicação desde que trabalhe com o textos normativos já existentes e justifique argumentativamente a sua atividade.

Dito isso, é importante enfrentar o argumento segundo o qual o agente público seria um terceiro em relação ao litígio e, assim, não poderia ser atingido pela multa coercitiva, sob pena de confusão entre a sua personalidade jurídica e a da pessoa jurídica de direito público.

Esse argumento é falho, pois, como bem apontado por Marcelo Lima Guerra (2003, pp. 131-132), vários são os dispositivos do CPC estipulando obrigações processuais em relação a terceiros contra os quais nunca foi levantado óbice semelhante (p. ex., arts. 339, 341, 360 a 363 e 622).

Em verdade, todas as obrigações processuais dirigidas a terceiros têm como objetivo a busca da efetividade da prestação jurisdicional, à semelhança do que ocorre com a multa cominatória, não fazendo sentido defender a exclusão de alguém do dever de colaborar com esse objetivo, no limite de suas possibilidade, sob o singelo argumento de que ele é terceiro em relação ao processo.

O argumento, todavia, fica mais refinado se a ele for acrescido o fato de que, ao contrário dos dispositivos do CPC citados, não há disposição expressa na lei autorizando a aplicação da multa coercitiva contra terceiros, diferentemente do que ocorre com a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC.

Na verdade, considerando que a multa do art. 14, parágrafo único do CPC, que tem cunho nitidamente punitivo, pode ser estendida a terceiros, por muito maior razão (*a fortiori*)⁶⁴ também deve ser admitida a extensão da multa coercitiva a

64 Acerca do argumento *a fortiori*, ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 355): “outro argumento de origem tipicamente jurídica. Já o vemos em Ulpiano (*Digesto*, 50, XVII, 21): *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere* (Não deve ser proibido o menos a quem é lícito o mais). Representa a passagem de uma proposição para uma segunda, para qual devem valer as mesmas razões da primeira, e ainda com mais força”.

terceiros, principalmente por que esta, como já assentado, possui um indisfarçável aspecto punitivo secundário. Sobre o ponto, as razões colacionadas por Bruno Marzullo Zaroni (2007, pp. 281-283) merecem inteira transcrição:

Como demonstrado anteriormente, a mais abalizada doutrina sustenta que a multa punitiva do art. 14 do Código de Processo Civil, quando voltada para a pessoa jurídica que é parte no processo, deve ser suportada diretamente pela a pessoa natural que corporifica a vontade do ente e que é, a rigor, quem pode dar cumprimento ao comando contido na ordem judicial.

Surge dessa constatação a seguinte pergunta: tal raciocínio não deve ser transportado para o terreno da multa coercitiva? Isto é: se o responsável pela desobediência da ordem judicial (terceiro que corporifica a vontade da pessoa jurídica) é o destinatário da multa punitiva (art. 14, parágrafo único) preordenada para aqueles que descumprem os provimentos mandamentais, não deve ser também ele o destinatário da multa coercitiva (art. 461, § 4.º e § 5.º) predestinada para aqueles que devem cumprir as decisões mandamentais? Por outras palavras: qual o sentido em se punir pessoalmente os agentes ou dirigentes da pessoa jurídica pelo descumprimento da decisão mandamental e não lhes coagir pessoalmente ao cumprimento quando se tem plena ciência de serem eles os responsáveis por dar atendimento ao comando judicial?

Ora, se é certo que a multa punitiva por descumprimento dos provimentos mandamentais, quando voltada para a pessoa jurídica que é parte no processo, deve ser dirigida à pessoa física que tem o dever de atender à decisão judicial, não parece coerente sustentar que a multa coercitiva do art. 461 do Código de Processo Civil (que também visa emprestar força às decisões judiciais) possa ter aplicação distinta.

Em outros termos, não há lógica em se entender que um terceiro - como é o caso do diretor de uma empresa ou do administrador público - sendo responsável por dar cumprimento à decisão judicial, deva ser punido pessoalmente pela inobservância do provimento mandamental (na forma do art. 14 do Código de Processo Civil), mas não possa ser induzido a cumpri-lo mediante a aplicação de multa coercitiva em sua esfera pessoal.

Também é possível equacionar a questão a partir da interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, pois aquele fala em “multa diária ao réu”, enquanto este, apropriadamente denominado pela doutrina de *cláusula geral executiva*⁶⁵, trouxe a previsão de “multa por tempo de atraso”, sem qualquer restrição ao destinatário, deixando claro que a lei autorizou a utilização da multa coercitiva contra quem não é réu, ou seja, contra terceiros (ARENHART, 2008, p. 539).

65 “Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma *cláusula geral executiva*, na qual estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial” (DIDIER JR. *et al.*, 2009, v. 5, p. 434).

Há ainda outros argumentos contrários ao direcionamento da multa coercitiva às pessoas físicas que corporificam a vontade das pessoas jurídicas. Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 129), por exemplo, pondera:

Todavia, recair sobre uma ou mais dessas pessoas físicas o peso da multa periódica pressupõe que o juiz conheça perfeitamente a cadeia de comando da pessoa jurídica, pois do contrário estaria ele cometendo flagrante injustiça e violência contra o patrimônio de alguém que não necessariamente tem condições de movimentar a estrutura de uma organização inteira para o atendimento da decisão judicial. E mais: não raro as dificuldades para o cumprimento do comando judicial não estão na mera ausência de *ordem* do dirigente da pessoa jurídica, mas em problemas estruturais desta – inclusive anteriores à assunção das funções diretivas por determinadas pessoas – e que não podem ser imputados às pessoas físicas que a dirigem, sob pena de desconsideração da personalidade jurídica fora das hipóteses do artigo 50 do Código Civil.

Isso para não falar no evidente problema da violação ao contraditório. A pessoa física do agente público ou do diretor de uma determinada empresa não integra a relação processual, não tendo, assim, condições de discutir à plenitude seja a existência da obrigação imposta pela decisão judicial, seja a viabilidade de seu cumprimento no prazo determinado pelo juiz.

Esses óbices, contudo, parecem não proceder, pelo menos no que toca com as pessoas jurídicas de direito público.

No que tange ao conhecimento da cadeia de comando das pessoas jurídicas de direito público, deve-se ressaltar que, em virtude dos princípios da legalidade e da publicidade (art. 37, *caput* da CF/88), a estrutura dos órgãos públicos, bem como suas atribuições, são estabelecidas em atos normativos (leis, decretos, portarias, dentre outros) que possuem ampla divulgação nos meios de comunicação oficial. Assim, não pode o juiz se escusar de identificar o agente público responsável pelo cumprimento do ordem, dado que ele conhece o direito oficiosamente (*juris novit curia*).

Por outro lado, nos casos em que a legislação pertinente não deixar claro quem é o responsável pelo cumprimento da ordem judicial, sempre há a possibilidade de, em função do princípio da hierarquia, direcionar a multa ao chefe máximo do órgão (ministro, secretário, superintendente *etc*) ou, em casos extremos, ao chefe do Poder pertinente (Presidente, Governador ou Prefeito)⁶⁶.

Com relação ao contraditório e as dificuldades estruturais no cumprimento

⁶⁶ Note-se que essa solução não pode ser tida propriamente como inovadora, já que está por trás da *teoria da encampação*, que, grosso modo, corresponde a admitir como válida a indicação, em mandado de segurança, de autoridade hierarquicamente superior àquela efetivamente responsável pelo ato comissivo ou omissivo reputado ilegal ou abusivo.

da decisão, deve haver um redimensionamento da questão, já que não cabe ao agente público discutir a existência do direito em si, pois essa atribuição realmente é da pessoa jurídica de direito público. Ao agente cabe apenas demonstrar a impossibilidade de cumprimento da decisão ou a ausência de competência para o atendimento da ordem, o que leva, em ambos os casos, à invalidação da multa cominada.

É importante frisar que essa demonstração, em virtude da oficiosidade da atividade pública e da presunção da legitimidade dos atos administrativos, faz-se de maneira documental, motivo pelo qual o agente pode expô-la incidentalmente no próprio processo executivo, como ocorre com a exceção de pré-executividade.

É necessário lembrar que, sob a perspectiva objetiva, o direito fundamental ao contraditório passa a ter especial relevância na interpretação/aplicação dos textos normativos legais que impõe deveres processuais a terceiros, impondo a construção de sentidos que visem à obtenção da tutela jurídica adequada. Pesa, aqui, a perspectiva de um contraditório visto sob o ângulo da cooperação, que se espalha para além da relação entre os sujeitos processuais, impondo que o íntimo diálogo que há entre eles se estenda para todos aqueles que, mesmo não sendo partes, possam de alguma forma contribuir para a obtenção da adequada tutela jurisdicional.

Desse modo, o próprio art. 14 do CPC, que é vazado em termos amplos, atingindo “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, deve receber ser interpretado/aplicado de maneira ampla, atingindo o agente público, terceiro em relação ao processo, para jungi-lo aos deveres de cooperação lá estabelecidos, em especial o constante do inciso V, que impõe “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

O próprio parágrafo único desse art. 14 do CPC ressalva que a multa que ele prevê, de nítido caráter punitivo, não ilide as “sanções processuais” cabíveis, valendo lembrar que já foi assentado que a multa coercitiva possui um caráter punitivo essencial, ainda que secundário.

Assim, à luz do direito fundamental ao contraditório, que se traduz no direito do autor à colaboração do agente público terceiro e, paralelamente, no dever

deste de prestar essa colaboração, a adequada interpretação do art. 14 do CPC e dos demais dispositivos que prevêem deveres processuais destinados a terceiros (v.g., arts. 339, 341, 360 a 363 e 622 do CPC) autoriza concluir que a multa coercitiva deve ser diretamente dirigida ao agente público manifestante da vontade estatal, que, no exercício de suas atribuições, deve empreender todos os esforços necessários ao pronto e adequado cumprimento das ordens judiciais, imponde-se ainda, como exigência desse mesmo direito fundamental ao contraditório, mas sob a perspectiva ativa do agente público terceiro, o dever do juiz de empreender o devido diálogo, prestando especial deferência à esfera de competência, legalmente determinada, desse agente, bem como à oficiosidade de sua atuação e à presunção de legitimidade de seus atos.

Diante desse quadro, é possível constatar que, nas demandas envolvendo a Fazenda Pública como ré, não deve ser abandonada a figura da *astreinte* como meio executivo, mas sua viabilidade como meio coercitivo fica condicionada à cominação direta ao agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial.

Quanto ao ponto, a jurisprudência do STJ é oscilante, merecendo crítica.

No REsp 679.048/RJ, o STJ rechaçou a possibilidade de aplicação da multa coercitiva diretamente contra o agente público responsável pelo cumprimento da decisão. Os Ministros Luiz Fux, relator, e Teori Albino Zavascki defenderam, fundamentalmente, que a multa coercitiva não poderia ser aplicada ao agente público, que é terceiro em relação ao processo, por ausência de previsão legal, já que o art. 461, § 4º do CPC só se refere à aplicação de multa ao réu, não sendo possível também a aplicação do art. 14 do CPC, dado que a multa prevista nesse dispositivo, de natureza punitiva, é inconfundível com a multa coercitiva.

Como se vê, esse julgado enfrentou expressamente a aplicabilidade do art. 14 do CPC às multas coercitivas, tendo concluído em sentido contrário ao defendido aqui, onde foi visto que se a lei autorizou a aplicação de multa estritamente punitiva contra terceiros, por muito maior razão (*a fortiori*) a autoriza, ainda que implicitamente, quanto à multa cominatória, que possui natureza punitiva essencial, ainda que secundária.

Por outro lado, o acórdão negligenciou que o art. 461, § 5º do CPC, ao

tratar da multa periódica, não estabeleceu qualquer restrição quanto ao destinatário, ao contrário do que consta do § 4º do mesmo dispositivo, o que autoriza concluir que o terceiro pode por ela ser alcançado.

O STJ, porém, mais recentemente, no REsp 1.111.562/RN, admitiu a possibilidade de aplicação da multa coercitiva do art. 11 da LACP contra o agente público. Citando diversos doutrinadores favoráveis a esse entendimento, como Marcelo Lima Guerra, Leonardo José Carneiro da Cunha, Eduardo Talamini e Cândido Rangel Dinamarco, o Ministro relator Castro Meira, seguido à unanimidade pelo seus pares, consignou que o direcionamento da multa coercitiva ao agente público é meio de superação da “deletéria ineficiência” da aplicação da medida exclusivamente contra a pessoa jurídica de direito público.

No julgamento dos embargos de declaração opostos contra esse acórdão (EDcl no REsp 1111562/RN), contudo, foi anulada a multa aplicada aos agentes públicos envolvidos em virtude da violação à ampla defesa e ao contraditório, haja vista eles não terem sido parte no processo, não se contrapondo ao pedido formulado pelo autor.

Em verdade, o acórdão inicial representou uma evolução salutar na jurisprudência, que regrediu com o posicionamento adotado no acórdão que julgou os embargos de declaração. Não há reparo algum a fazer ao primeiro acórdão, salvo no que toca à manutenção da multa contra a Fazenda Pública, mas, com relação ao segundo acórdão, é de se notar que não há razão para chamar aos autos o agente público responsável pelo cumprimento da decisão para que ele possa apresentar razões contra o pedido do autor e, somente após, possibilitar a cominação de multa coercitiva contra si.

Como já colocado, não há qualquer ofensa ao contraditório em direcionar a multa diretamente ao agente, pois ele terá garantida a possibilidade de comprovar documentalmente a impossibilidade de cumprimento da decisão ou sua incompetência para tanto, casos em que a multa não incidirá ou, se tiver incidido, será anulada. Por outro lado, admitir a inserção do agente público no processo para se contrapor ao pedido é irrazoável, dado que o procurador da pessoa jurídica de direito público, apresentando a defesa em nome desta, traz aos autos justamente as razões que lhe são apresentadas pelos agentes públicos mais as razões jurídica de

ordem técnicas que são de sua alçada.

Anote-se, todavia, que o reconhecimento da possibilidade de aplicação da multa coercitiva contra o agente público responsável pelo cumprimento da ordem apresentava-se como um indicativo da possibilidade da mudança da jurisprudência do STJ. Caso essa mudança viesse a se consolidar, restaria aberto o caminho para uma reflexão mais profunda sobre o beneficiário do crédito dessa multa, pois pelo menos o temor da ocorrência da confusão restaria afastado.

Ocorre, porém, que após a apreciação do citado REsp 1111562/RN, o STJ não mais se manifestou pela possibilidade de cominar a multa diretamente ao agente público, voltando à posição anterior, pela impossibilidade dessa aplicação.

No REsp 747371/DF, o Ministro relator Jorge Mussi, seguido à unanimidade, além de reiterar os argumentos apresentados no já citado REsp 679.048/RJ, aduziu que “inexistente norma expressa que alcance a pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público”, não há como lhe direcionar diretamente a multa coercitiva.

O equívoco desse entendimento é buscar a existência, no ordenamento, de um texto normativo que deixe mínima margem para dúvidas acerca da possibilidade de direcionamento da multa coercitiva para o agente público. Ele agasalha o entendimento de que a norma se exaure no texto de lei, partindo do mesmo pressuposto do legislador como produtor único da norma, que também está na base de toda a teoria em torno da interpretação literal.

Esse pressuposto, como já analisado, mostra-se equivocado. O texto normativo é o início da norma, representando um importante limite, mas não é, nem pode ser, a norma pronta e acabada. A atividade jurisdicional não apenas declara, repetindo mecanicamente, o que está no texto posto pelo legislador, mas também constrói a norma, agregando sentido ao texto, tudo de forma legítima, desde que feito dentro de parâmetros metodológicos que possam ser reputados compatíveis com a Constituição.

No lugar de indagar acerca de um texto normativo inequívoco que seja por si só a norma que impõe o direcionamento da multa coercitiva diretamente ao agente público, basta indagar pela existência de um texto normativo que, numa racional construção dialógica, fruto da interação entre os vários outros textos que

compõe o ordenamento e os fatos sobre os quais ele faz referência, possa servir de suporte suficiente a essa norma.

Existem, em verdade, mais de um texto normativo, de base legal – arts. 14 e 461, § 5º do CPC –, que, lidos dentro de uma perspectiva metodologicamente adequada, principalmente à luz do texto normativo constitucional, no ponto em que alberga os direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada, à segurança jurídica e à ampla defesa e ao contraditório, não deixam muitas dúvidas quanto à possibilidade de o intérprete/aplicador construir, legitimamente, a norma que aponta pela necessidade de cominação da *astreinte* diretamente contra o agente público responsável pelo cumprimento da ordem.

É de se ver que o STJ, porém, sem se debruçar sobre as razões aqui alinhadas, vem caminhando pela consolidação do entendimento pela impossibilidade de se atingir diretamente o agente público com as *astreintes*, como se pode ver no AgRg no AREsp 196.946/SE, no qual foi reiterado como razões aquelas apresentadas no REsp 679.048/RJ e no REsp 747371/DF.

Enquanto não houver o devido enfrentamento e refutamento de todos os argumentos envolvidos na questão, porém, não se pode reputar como correto o entendimento que vem se esboçando como dominante na jurisprudência do STJ.

5.1.9 Análise de um julgado do STJ: o REsp 1.006.473/PR

Pode-se dizer que o julgamento do REsp 1.006.473/PR representa um marco na discussão jurisprudencial sobre o destinatário do crédito da *astreinte* no STJ.

O aspecto positivo desse julgamento foi o fato de o STJ ter se debruçado especificamente sobre a questão do titular do crédito da *astreinte*, empreendo um debate mais profundo sobre as razões envolvidas na questão.

O aspecto negativo, todavia, foi o fato de a tese vencedora ter chancelado um entendimento equivocado, até mesmo frágil, já que não enfrentou diversos aspectos que apontam de maneira contundente o seu equívoco.

O relator originário do feito, Ministro Luís Felipe Salomão, começou assentando que havia uma omissão legislativa quanto à destinação do crédito da

astreinte prevista no CPC. A partir daí, destacou que a multa coercitiva representa um instituto que presta proteção tanto aos interesses da atividade jurisdicional como aos interesses do autor da demanda, motivo pelo qual, após arrolar as experiências jurídicas alienígenas, optou por prestigiar aquela que melhor refletiria essa realidade, que seria a do direito português, concluindo, assim, que o crédito da multa deveria reverter em partes iguais para o Estado e para o autor.

Essa posição representa uma postura conciliatória, que não elide todas as razões já apontadas no sentido de ser a a solução correta aquela que aponta para a destinação integral do referido crédito ao autor, principalmente em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa e da analogia com as normas do processo civil coletivo. Parece que a adoção da solução alienígena, principalmente no que toca ao critério de divisão – partes iguais para o autor e para o Estado – não é isenta de críticas, pois pressupõe que são equivalentes as proteções que a multa confere ao autor e ao Estado-juiz, o que é bem discutível, na medida em que entra em jogo aspectos pertinentes ao já mencionado enriquecimento sem causa e ao integral resguardo dos interesses do autor com as perdas e danos e o juro de mora, denotando assim que os interesses do autor e da jurisdição não são resguardados pela multa coercitiva na mesma equivalência.

De todo modo, é inegável que essa solução representa um significativo salto de qualidade com relação ao entendimento então dominante, que, na ausência de previsão legal, destina a integridade do valor da multa coercitiva ao autor da demanda.

Ocorre, porém, que a corrente vencedora foi capitaneada pelo Ministro Marco Buzzi, para quem a multa coercitiva é instituto de direito material, responsável por compensar a mora no adimplemento da obrigação, e por isso mesmo deve reverter para o titular do crédito em execução.

O Ministro Marco Buzzi inicia frisando que não há lacuna quanto ao tema no ordenamento brasileiro, devendo ser reconhecido que o crédito de multa pertence ao autor. Critica então a doutrina e a jurisprudência, que de modo praticamente unânime defendem que, na aplicação da multa, avulta o interesse do Estado, enquanto, na verdade, a atuação do Estado, nesse instituto, limitar-se-ia a sua estipulação, sendo o interesse resguardado, em verdade, o interesse do autor,

prejudicado pela mora no cumprimento da obrigação.

Em seguida, o Ministro Marco Buzzi aprofunda seu raciocínio para assentar que atribuir a multa coercitiva ao Estado implicaria reconhecer-lhe o caráter punitivo, o que não seria possível, sob pena de inconstitucionalidade, já que todas as multas punitivas estariam submetidas a um regime de legalidade estrita, inclusive com a fixação de um teto, o que não ocorreria com a multa coercitiva. Depois, frisando que a multa coercitiva é instrumento de tutela material da mora, semelhante aos juros de mora previstos para as obrigações de pagar quantia certa, conclui que a multa deve ser revertida integralmente ao autor.

O Ministro relator Luis Felipe Salomão teve oportunidade de oferecer réplica, confrontando diversos pontos nevrálgicos da exposição do Ministro Marco Buzzi, que, contudo, não chegou a oferecer tréplica, o que interditou, infelizmente, o salutar debate que se estava travando.

Não parece ser difícil concluir pelo equívoco do raciocínio do Ministro Marco Buzzi quando assenta que a destinação do valor da multa coercitiva ao Estado representaria reconhecer-lhe um caráter punitivo e redundaria em inconstitucionalidade, principalmente porque não haveria uma limitação prévia do seu valor. Já foi visto que o caráter punitivo da multa coercitiva existe e serve até mesmo para justificar algumas aplicações analógicas, mas não se apresenta como o principal caráter do instituto, que possui nítida feição coercitiva, não punitiva. Ademais, por uma questão de coerência, as multas coercitivas previstas no processo civil coletivo, que revertem para o Estado, teriam que ser declaradas inconstitucionais, já que não estão submetidas a qualquer limitação prévia.

O cerne do raciocínio do Ministro Marco Buzzi, porém, consiste em aproximar, senão confundir, a disciplina constante do CPC acerca do cumprimento/execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro, pelo menos no que toca à multa coercitiva, com a disciplina material das mesmas obrigações, principalmente aquela atinente à compensação pela mora, que vem exaustivamente tratada no Código Civil.

O cerne do equívoco cometido pelo referido magistrado está na constatação de que a disciplina de compensação da mora é completa no Código Civil com relação às obrigações de pagar quantia, mas incompleta com relação à

obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro, o que demandaria reconhecer a necessidade de complementação pelo CPC, mais especificamente por meio do reconhecimento de que a *astreinte* seria instrumento de compensação da mora nesses tipos de obrigação.

Em verdade, basta se debruçar sobre o Código Civil, mais especificamente sobre o art. 407, para ver que a compensação pela mora, consubstanciada na obrigação de pagar juros, estende-se indistintamente para as obrigações de pagar quantia e de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro. Referido dispositivo legal prevê o pagamentos de juros pela mora, independentemente de perdas e danos, “que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza”. Ou seja: os juros de mora são aplicáveis às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro. Para tanto, basta, ainda nos termos do mesmo art. 407, que “lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.

Pela linha de raciocínio esposada pelo Ministro Marco Buzz, a contagem de juros de mora nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro somente seria possível no caso de conversão destas em perdas e danos, o que ocorreria quando o credor assim desejasse ou no caso de inadimplemento absoluto. Desse modo, nos casos de inadimplemento relativo, quando o atraso no pagamento não inviabiliza o cumprimento da obrigação, apenas a multa prevista no art. 461 do CPC seria hábil a compensar devidamente a mora, fazendo as vezes dos juros previsto nos arts. 406 e 407 do Código Civil.

Interpretar o art. 407 do Código Civil como autorizando a contagem de juros de mora nas obrigações diversas de pagar quantia apenas na hipótese de conversão em perdas e danos não é correto.

É certo que o conectivo utilizado pelo texto legal, qual seja, “uma vez” - “ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes” -, pode indicar essa interpretação. Porém, como já exaustivamente visto, o texto não comporta em si a norma, devendo ele ser analisado em conjunto com os demais textos e com os fatos que compõe a realidade

sobre a qual se debruçam.

Assim, a correta interpretação aponta no sentido de que a obtenção do valor pecuniário é condição para incidência de juros – condição lógica, aliás – mas não que essa incidência somente se dará quando da conversão da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro em perdas em danos em função do inadimplemento absoluto. É plenamente lógico e viável pensar que o texto legal exige que se quantifique a obrigação para que se possa falar da incidência de juros mesmo que ainda exista a possibilidade de cumprimento dessa obrigação (inadimplemento relativo). Em outros termos: mesmo que a obrigação ainda possa ser cumprida, e seja desejo do credor que ela seja cumprida, não há qualquer óbice para que lhe sejam contados juros de mora, bastando para tanto que ela seja pecuniariamente avaliada, o que pode ser feito por decisão judicial, arbitramento ou acordo entre as partes.

Os juros de mora nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro incidem mesmo nas hipóteses de inadimplemento relativo, bastando que seja atribuído valor à respectiva obrigação, não servindo a *astreinte* como medida reparadora da mora, substitutiva desses juros. Pensar o contrário, como fez o Ministro Marco Buzzi, implicaria, inclusive, reconhecer situações em que não haveria qualquer meio de compensar a mora quando verificada com relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro. Basta um simples exemplo hipotético para confirmar essa conclusão.

Imaginemos um contrato de compra e venda de uma obra de arte de determinado pintor famoso. O comprador pagou um preço de R\$ 1 milhão pela obra, tendo o pintor se obrigado a entregá-la em determinada data. Chegada a data, o pintor não entregou a obra. Sabendo ainda ser possível obter a obra, o comprador ajuíza a pertinente ação ordinária com pedido de antecipação de tutela para que o devedor cumpra a obrigação de fazer. O juiz, recebendo a inicial, tem por bem ouvir o réu antes de se manifestar sobre o pedido de antecipação, determinando sua citação. O réu, então, é citado e apresenta sua contestação. Nesse ínterim, passam-se 6 meses desde a data na qual deveria ter sido entregue o quadro. O juiz, então, em decisão devidamente fundamentada, concede a antecipação de tutela, determinando que a obra seja entregue em 15 dias, sob pena de multa diária de R\$

10.000,00. No 15º dia, o pintor entrega a obra.

Ora, nesse caso a multa coercitiva não incidiu, ou seja, não houve compensação pela mora de 6 meses e 15 dias do devedor, na linha do raciocínio preconizado pelo Ministro Marcos Buzzi. Nessa mesma linha, nem há como reconhecer a incidência dos juros de mora, já que esse, para obrigações de fazer, pressuporia o indimplemento absoluto ou a vontade do credor pelas perdas e danos, o que não ocorreu na espécie.

Em verdade, o art. 407 do CPC incide em sua inteireza aqui. Considerando, por estimativa, que a obrigação de fazer vale R\$ 1 milhão (valor pago pelo credor a título de preço) e que, também por estimativa, a taxa dos juros é de 1% ao mês, não parece razoável não concluir pelo direito do credor a juros de mora da ordem de R\$ 65 mil (seis meses e meio de mora, à taxa de 1%, sobre R\$ 1 milhão). Os valores da obrigação e da taxa de juros, obviamente, poderão ser discutidos ao longo do feito, mas não parece crível que não se chegue a um valor final, por decisão - ou mesmo por arbitramento ou acordo, se as partes assim desejarem -, que representará a compensação do credor pela indevida mora do devedor.

A alternativa de reconhecer que o art. 407 do Código Civil não se aplica ao caso, já que não houve conversão em perdas e danos, seja porque não se verificou ou inadimplemento absoluto ou porque esta não foi a vontade do credor, e tampouco a multa do art. 461 do CPC, já que a obrigação foi cumprida antes do fim do prazo fixado na decisão judicial, acaba por não reconhecer ao credor qualquer ressarcimento pela mora sofrida.

A interpretação adequada do art. 407 do Código Civil, portanto, deixa claro que os juros de mora servem para compensar a mora relativa a quaisquer tipos de obrigação, seja de pagar quantia certa, de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro. Desse modo, o sistema do Código Civil é completo quanto ao ponto, sendo a multa prevista no art. 461 do CPC medida processual de caráter coercitivo destinada a resguardar o interesse jurisdicional no cumprimento das ordens judiciais.

A terceira julgadora do caso, a Ministra Maria Isabel Galloti, reconheceu como do autor o crédito decorrente da *astreinte*, mas se afastou da linha de

raciocínio proposta pelo Ministro Marco Buzzi. Ela, inclusive, aderiu ao posicionamento do Ministro relator pela existência de lacuna na legislação quanto ao assunto. Para suprir a lacuna, preferiu aplicar, por analogia, diversos dispositivos do CPC que prevêem multas a serem revertidas para o autor (arts. 475-J, 740, 743, § 3º, 601, 538, 557 e 494), sem entrar em maiores detalhes quanto a natureza jurídica dessas multas e a razão pela qual o raciocínio analógico deveria ser aplicado tendo-as por paradigma.

Em verdade, como já dito, a aplicação analógica, no caso, deve ser feita com as multas coercitivas do processo coletivo, e não com aquelas previstas pelo CPC para outras hipóteses, pois enquanto estas não possuem a mesma natureza jurídica da multa prevista no art. 461 do CPC, aquelas sim.

O Ministro Raúl Araújo limitou-se a seguir a divergência do Ministro Marco Buzzi, o que autoriza concluir pela daquele adesão aos seus fundamentos deste.

É de se ver, em suma, que o entendimento adotado pelo STJ nesse caso, ainda que tenha sido fruto de uma reflexão mais aprofundada e dialógica, continua equivocado, mormente porque a profundidade do diálogo empreendido não abrangeu todas as razões envolvidas no debate.

Ademais, o resultado final foi fruto da soma de três votos, pelo resultado – destinação do crédito da *astreinte* ao autor – e não pelas razões alinhadas para fundamentá-lo, tendo a Ministra Maria Isabel Gallotti deixado bem claro sua divergência de fundamentação. Assim, considerando que a turma do STJ é formada por cinco Ministros – um deles, o Ministro Antônio Carlos Ferreira, não participou por impedimento – e que a maioria, pelo menos no que toca à fundamentação, foi apenas de dois Ministros (Marco Buzzi e Raúl Araújo), somado ao fato de o recurso não ter submetido ao regime dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC), nem ter sido fruto de julgamento de embargos de divergência (art. 546 do CPC), não parece haver como reconhecer a eficácia de precedente a esse julgamento⁶⁷, a

67 Não é esse o campo apropriado para discutir a complexa teoria dos precedentes e sua adoção no Brasil. Basta deixar assentado, nesse passo, que a decisão do STJ não pode ser considerada precedente, ou deve ser considerada no máximo precedente persuasivo - o que implica a necessidade de considerá-la na cadeia argumentativa de futuras decisões, mas não de segui-la (cf. MARINONI, 2010a, pp. 118-119) – fundamentalmente porque a) não há como divisar a *ratio decidendi* do julgado, já que, para o resultado obtido, concorreram no mínimo duas razões diversas, quais sejam, a da Ministra Maria Isabel Gallotti, de um lado, e a dos Ministros Marco Buzzi e Raúl Araújo, de outro, considerando que a adesão deste à tese daquele é mais fruto de uma presunção do que uma manifestação expressa (trata-se, assim, de um caso de decisão

despeito de ele apresentar um inegável conteúdo persuasivo, pela própria hierarquia do tribunal no qual proferido, e de representar, em termos formais e metodológicos, um avanço, ainda que tímido, na discussão da matéria.

5.2 O valor da astreinte

5.2.1 Critérios para fixação do valor da astreinte

A regulamentação legal da multa, seja no CPC ou na legislação extravagante, também é omissa quanto aos critérios que devem nortear a fixação do valor da multa coercitiva.

Uma das primeiras questões que se põe, nesse tema, é identificar a necessidade de se atrelar o valor da *astreinte* ao valor em execução.

Na jurisprudência, o STJ, no REsp 947.466, que serviu de paradigma para outros julgamentos, estabeleceu como teto do valor da multa coercitiva o valor da obrigação em execução. O relator do feito, Ministro Aldir Passarinho Júnior, fundamentou sua conclusão no caráter coercitivo da multa, na necessidade de evitar o enriquecimento sem causa e no fato de poder se tornar mais vantajoso para o credor perseguir o valor da própria *astreinte* no lugar da prestação principal.

Há quem defenda que a multa deve ser submetida a um teto previamente fixado na própria decisão que a cominou, que deve ter como limite máximo o valor da obrigação principal em função da aplicação analógica do art. 412 do Código Civil, que trata do limite da cláusula penal (MACHADO BISNETO, 2013, pp. 31-432).

Não é correto limitar o valor da multa coercitiva ao valor da obrigação principal.

É fácil vislumbrar essa conclusão se tivermos em mente que o crédito decorrente da incidência da *astreinte* deve reverter ao Estado. Assim, cairiam por terra os argumentos de que a referida limitação consistiria num meio de evitar o enriquecimento sem causa e de que o autor poderia preferir a execução do valor da multa à própria obrigação.

desprovida de *discoverable ratio*, cf. TUCCI, 2012, p. 125) e b) somente é seguro afirmar que uma única decisão forma precedente, no âmbito do STJ, quando resultado do julgamento de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC) ou de embargos de divergência (art. 546 do CPC) (cf. LIMA, 2013, pp. 306-328 e 334-338).

Todavia, mesmo que se entenda correto que o valor do crédito da multa coercitiva deve reverter para o autor, os argumentos apresentados não são satisfatórios para concluir pela necessidade de limitação prévia ao valor da obrigação em execução.

Isso porque o enriquecimento sem causa, diante da ampla reparabilidade propiciada pelas perdas e danos, vai se configurar mesmo que o autor somente venha a obter, a título de multa, o mesmo valor da obrigação principal. Trata-se de reconhecer que o autor receberia o dobro do que lhe é devido, e essa dobra, independentemente da quantia específica que venha a assumir, é destituída de causa jurídica suficiente e, portanto, não tem como não configurar enriquecimento indevido.

Por outro lado, quanto à questão do estímulo ao abandono da execução da obrigação principal para perseguição do valor da *astreinte*, que seria mais vantajoso, é de se ver que essa conduta, gerada justamente pelo inadequado reconhecimento do autor como titular do crédito, pode ser mais adequadamente reprimida pela aplicação do dever de mitigar os próprios danos, decorrente da boa-fé objetiva.

Não é possível se valer, também, da aplicação analógica do art. 412 do Código Civil, que trata da limitação da cláusula penal ao valor da obrigação principal. A partir do momento em que se afasta o caráter primariamente punitivo da *astreinte* e se reconhece a sua desvinculação do instituto das perdas e danos, até por imperativo legal, em virtude do art. 461, § 2º do CPC, não há qualquer razão para aproximá-la da cláusula penal, instituto de direito material, para lhe estender a limitação legal imposta a esta. Em precedente já bem antigo (REsp 8065), o STJ reconheceu a desvinculação do valor da multa ao limite estabelecido no art. 920 do Código Civil de 1916, equivalente ao atual art. 412 do atual Código Civil. O Ministro relator, Cláudio Santos, fundamentou essa distinção nos seguintes termos:

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se pode pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil [de 1916, atual art. 412], porque o espírito da lei, naquela disposição, é

diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais do que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da ordem judicial. Onde não há a mesma razão, inaplicável é a mesma disposição.

Em verdade, o estabelecimento de um limite máximo para o valor da *astreinte* é incompatível com seu caráter coercitivo. Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 174) elucida essa incompatibilidade nos seguintes termos:

Por tudo quanto foi exposto acerca da natureza coercitiva das *astreintes*, parece claro que não possam sofrer qualquer espécie de limitação em sua incidência, sob pena de tornarem-se ineficazes como técnica para a obtenção da tutela específica.

É fácil notar que, se fixando um “teto” para o *quantum* a ser atingido pelas *astreintes*, teríamos que admitir que elas possuem uma eficácia limitada pelo tempo, ou seja, após atingirem o referido “limite”, não exerceriam qualquer pressão sobre o réu recalcitrante, o que levaria ao necessário abandono da coerção pela multa e adoção (se possível, é claro) de outra medida coercitiva ou mesmo de execução por sub-rogação. Verifica-se nesse posicionamento um evidente desprestígio da tutela específica, na *contramão* das reformas que vem sofrendo o processo civil brasileiro.

A lei, em verdade, não estabelece parâmetros precisos para fixação do valor da multa coercitiva. O art. 461, § 4º do CPC limita-se a consignar que a multa deve manter uma relação de suficiência e compatibilidade com a obrigação em execução, não oferecendo mais nenhum parâmetro para o juiz na concreção desses conceitos.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, v. 4, pp. 536-537) destaca que, aqui, está-se no campo da jurisdição de equidade, não estando o juiz limitado a nenhum valor prévio, mas também não estando completamente livre para fixar os valores de forma estratosférica, devendo ser guiado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Teori Albino Zavascki (2003, v. 8, p. 476), destacando que a lei se vale de conceitos jurídicos abertos, a serem preenchidos pelo juiz no caso concreto e tendo em conta a finalidade coercitiva da multa, sublinha que deve ser levado em consideração a natureza da obra ou serviços a serem executados, o grau de dificuldade, a condição pessoal do devedor e sua capacidade econômica.

Araken de Assis (2007, p. 566), por sua vez, destaca que o valor da multa coercitiva deve ser fixado “de molde a quebrar a vontade do obrigado”, afirmando, em seguida, que, para esse fim, “nenhum outro critério substitui o puro casuísmo”.

Mesmo assim, o autor arrisca estabelecer alguma diretrizes, apontando que deve ser levado em consideração o patrimônio do devedor e a magnitude da provável resistência, devendo o juiz se preocupar apenas em aplicar um valor “exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário”, de modo a que o efeito dissuasório possa ser atingido.

Na esteira dos ensinamentos de Araken de Assis, Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 168) destaca a importância de se ter em conta, concomitantemente, o patrimônio do devedor e a sua capacidade de resistência, seu interesse em resistir, que em conjunto formam o que autor denomina de relação custo-benefício na resistência ao cumprimento da ordem judicial.

Joaquim Felipe Spadoni (2007, p. 182) também trilha o mesmo caminho, enfatizando a necessidade de se levar em conta a capacidade econômica do réu e as vantagens que ele obtém com o desatendimento da ordem judicial, defendendo que a multa seja fixada em valor suficientemente oneroso em comparação com o eventual lucro a ser obtido com a inexecução da obrigação.

De todos esses critérios, o que melhor equaciona a questão da fixação do valor da *astreinte* em função do caráter coercitivo que possui é aquele que leva em conta a disposição do devedor para resistir ao cumprimento da ordem judicial. O que efetivamente importa para a fixação do valor inicial da multa coercitiva é aferir a capacidade de resistência do devedor no cumprimento da obrigação. Essa capacidade, contudo, não se liga necessariamente ao patrimônio do devedor ou às características da obrigação a ser executada, daí porque esses dois critérios, no mais das vezes, são inúteis para auxiliar na fixação do valor inicial da *astreinte*.

Basta imaginar, por exemplo, que o juiz não tem conhecimento do efetivo patrimônio do devedor. Pode haver a percepção de um ou outro sinal de riqueza externa, que pode dar a falsa impressão de ser o devedor dotado de elevado patrimônio. No momento de liquidação da multa, porém, pode ficar evidenciado que o patrimônio do devedor não era da magnitude esperada, e o valor obtido necessariamente terá que ser revisto para baixo. Também pode ocorrer o contrário, configurando-se uma situação na qual o devedor seja dotado de grande patrimônio mas não apresente sinais externos de riqueza. O juiz, então, fixando o valor da multa em patamar baixo, teria que constantemente aumentá-lo conforme fosse

sendo constatado que ele estaria se mostrando ineficaz para quebrar a resistência do devedor. Nesse caso, a própria efetividade da medida, principalmente se deferida em apoio a uma ordem judicial baseada na urgência, restaria seriamente comprometida.

As características envolvendo a obrigação em execução também são de pouca utilidade para auxiliar na fixação do valor inicial da multa coercitiva. Algumas obrigações simples e de baixo valor podem, pelas mais variadas razões, ser objeto de custoso e demorado cumprimento, estando comprometida a eficácia da multa coercitiva se, nesse caso, ela fosse fixada em baixo valor.

O que é possível vislumbrar é que o juiz não pode ter em conta o patrimônio do devedor e as características da obrigação para fixar o valor inicial da multa coercitiva simplesmente porque, no primeiro caso, o juiz não possui essa informação e, no segundo, ele não sabe como essas características influem no cumprimento da própria obrigação. Não se trata de dizer que levar em conta o patrimônio do devedor e as características da obrigação seja juridicamente errado, trata-se apenas de constatar que é inútil trilhar esse caminho, devendo a atenção do juiz se debruçar sobre o elemento efetivamente relevante para a efetividade da multa coercitiva, que vem ser a capacidade de resistência do devedor.

É importante destacar, todavia, que, no momento inicial de fixação da multa, trabalhar com a capacidade de resistência do devedor também não deixa de ser questão complexa.

De fato, sob uma perspectiva apriorística, é muito difícil traçar elementos que permitam, com segurança, identificar a capacidade de resistência do devedor. Poder-se-ia dizer, com relação aos litigantes contumazes, tais como companhias telefônicas, bancos e o próprio Poder Público, por exemplo, que caberia ao juiz aferir a forma como se tem dado a resistência ao cumprimento nos processos semelhantes que correm perante a mesma vara ou perante outras varas da mesma comarca ou seção judicial, de modo a traçar um perfil médio do comportamento do devedor naquele tipo de demanda. A solução, porém, não deixa de ser artificial, seja porque não há como presumir que esse comportamento médio venha a se repetir, não sendo incomum que, por qualquer razão, num específico processo, se verifique uma resistência mais intensa que na média, seja porque não dá conta das situações

em que o devedor é um litigante eventual, ou mesmo sendo contumaz, a demanda em tela apresenta peculiaridades tais que não permitem a semelhança com outras envolvendo o mesmo devedor.

Não é o caso, porém, de se abandonar o conceito de capacidade de resistência. Ele não é de renomada utilidade – assim como todos os demais critérios até então vistos – na fixação inicial do valor da *astreinte*, mas possui ímpar relevância na fixação final do crédito decorrente da sua incidência.

Importa fixar, assim, que a avaliação da capacidade de resistência do devedor pode não ser de muita utilidade na fixação inicial do valor da multa coercitiva, mas tendo em conta a possibilidade de modificação posterior desse valor, sua utilidade para balizar o valor final do crédito não é negligenciável. A única ressalva que deve ser feita, como será visto com mais vagar adiante, é que a alteração do valor, para aumentá-lo, não pode se dar de forma retroativa, motivo pelo qual a utilidade do critério da capacidade de resistência para fixação do valor final da multa fica na dependência de o juízo, num momento inicial, ter fixado esse valor num patamar suficientemente alto.

Desse modo, o valor inicial da multa coercitiva deve ser consideravelmente alto, de modo que, ao final, no momento de fixação do crédito, levando em conta a capacidade de resistência do devedor, possa haver margem suficiente para a adequada redução do valor inicial, se for o caso.

5.2.1.1 A limitação do valor das astreinte no Juizado Especial e por meio de prévio acordo entre as partes

Ainda relacionado à questão do valor da *astreinte*, cabe analisar sua limitação em face do valor de alçada dos Juizados Especiais e sua prévia limitação por meio de convenção entre as partes.

Como se sabe, a competência dos Juizados Especiais é genericamente estabelecida com base no valor da causa, não podendo ser processada em seu âmbito aquelas causas que extrapolem o limite estabelecido em lei⁶⁸. Põe-se em

⁶⁸ Esse limite é de 40 salários mínimos para os Juizados Especiais Cíveis (art. 3º, I da Lei 9.099/1995) e de 60 salários mínimos para os Juizados Especiais Federais Cíveis e Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 3º da Lei 10.259/2001 e art. 2º da Lei 12.153/2009, respectivamente).

discussão, assim, saber se a multa coercitiva cominada por decisão judicial que determina o cumprimento de obrigação específica no âmbito de execução em curso perante o Juizado Especial estaria previamente limitada ao valor utilizado como referência legal para fixação da competência.

Para Bruno Garcia Redondo (2013, pp. 71-72), é plenamente possível que a multa coercitiva ultrapasse o teto legal estabelecido como parâmetro de competência do Juizado Especial, sendo possível a posterior execução desse valor a maior no próprio âmbito do juizado.

Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 183) também conclui pela negativa de submissão da multa coercitiva aplicada no âmbito dos Juizados Especiais ao valor estabelecido como limite para fins de definição de competência, apoiando-se no raciocínio de que não é possível dotar as decisões lá proferidas de meios menos hábeis ou eficazes do que aqueles utilizados na Justiça Comum, na qual não se verifica prévia limitação do valor da multa coercitiva.

Fredie Didier Jr., Leonardo J. C. Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, v. 5, p. 444) também enfatizam que a limitação da multa coercitiva nos Juizados Especiais ao valor estabelecido como alçada implicaria diminuição de sua eficácia coercitiva, motivo pelo qual não deve ser tida como correta. Destacam, ainda, que a execução do valor da multa, mesmo ultrapassando o limite de alçada, deve ser realizada no próprio juizado.

Para descortinar adequadamente a questão, é necessário separar, de um lado, a aplicação da multa coercitiva e, de outro, a execução do valor que venha a ser obtido em decorrência de sua incidência.

Quando da aplicação da multa coercitiva, o juiz do Juizado Especial se vale exatamente do mesmo dispositivo legal de que o juiz da Justiça Comum se vale, qual seja, o art. 461 do CPC. Não há nenhum texto normativo específico no âmbito dos juizados especiais que busque regulamentar a multa coercitiva, em especial o seu valor, motivo pelo qual não há razão para se estabelecer limites que não possam ser genericamente estendidos para as hipóteses de aplicação da multa fora dos Juizados Especiais.

Quando se tem em mente o valor obtido com a incidência da multa coercitiva, porém, tem que se ter em mente que os aspectos intimidatórios da

medida já foram superados, com ou sem alcance do resultado específico almejado. Ao se observar a perspectiva do crédito em si, a tônica recai sobre o modo mais adequado de promover sua execução, sob as modalidades legais de execução por quantia certa, e não sobre o aspecto intimidatório em si, que já estará superado. Obviamente, não se pode defender que o aspecto intimidatório da multa não seja diretamente influenciado pela execução do crédito que sua incidência gerou. Basta imaginar que se o crédito não for executado, a eficácia coercitiva da multa é nula. O que se quer dizer não é que a execução do crédito da multa não tem importância para sua eficácia coercitiva, pois tal afirmação seria um rematado absurdo, mas sim que o modo de se empreender essa execução é que não possui decisiva relevância nesse campo. Em outros termos: importa que o crédito da multa seja realizado, executado, mas o modo como tal se dá, desde de que efetivamente se dê, tem diminuta eficácia na determinação do caráter propriamente coercitivo da medida.

Dito isto, a questão mostra-se de fácil deslinde se se considera a conclusão a que se chegou quando foi empreendida a identificação do destinatário do crédito da *astreinte*: se o titular do crédito é o Estado, ele é o legitimado para sua execução, e, considerando que há expressa norma vedando sua atuação no pólo ativo dos Juizados Especiais⁶⁹, fica fácil concluir que a multa coercitiva aplicada no âmbito dos juizados pode ultrapassar o valor de alçada, mas, em todo caso, tendo ou não atingido esse limite, sua execução não pode ser empreendida no próprio juizado.

Se se parte da conclusão pela titularidade do autor do crédito da *astreinte*, não há qualquer alteração quanto à conclusão de que, no âmbito do juizado, o valor do crédito pode ultrapassar a alçada, mas, em se verificando essa situação, a execução desse crédito não pode ser empreendida no âmbito do próprio juizado.

Isso porque a competência para a execução, no âmbito do juizado, dá-se de acordo com o limite de valor estabelecido pela lei. Essa escolha legal pelo valor da causa como parâmetro de complexidade para fins de submissão à competência do juizado está de acordo com a margem de discricionariedade conferida pelo art. 98, I da CF/88 ao legislador. Assim, se o legislador reputa mais complexa uma causa acima de determinado valor, de modo que seu processamento, seja em fase

69 Art. 8º, *caput* da Lei 9.099/1995 (Juizado Especial Cível), art. 6º, I da Lei 10.259/2001 (Juizado Especial Federal Cível) e art. 5º, I da Lei 12.153/2009 (Juizado Especial da Fazenda Pública).

cognitiva ou executiva, não deve ser submetido ao juizado, não cabe ao intérprete/aplicador contornar essa escolha, devendo manter especial deferência à escolha legal, que possui adequado respaldo constitucional.

Desse modo, caso o crédito da multa ultrapasse o limite legal, fixado de modo constitucionalmente legítimo, utilizado como parâmetro para fixação da complexidade da causa e conseqüente competência do Juizado Especial, a execução não pode se dar no próprio juizado, mesmo que a multa tenha sido aplicada em processo transcorrido em seu âmbito, devendo ser empreendida na Justiça Comum, no pertinente rito de execução de obrigação de pagar quantia.

Com relação à possibilidade de as partes estabelecerem, por acordo prévio, um limite para o valor da *astreinte*, a solução vai depender do caráter prioritariamente público/processual ou privado/material que se dê ao instituto.

Aceitando o caráter público do instituto, é irrelevante qualquer tratativa das partes para limitar o valor das *astreintes*, já que, em não sendo o autor o titular do crédito, não tem ele poder de disposição sobre referido montante.

Por outro lado, aceitando-se o caráter privado da multa coercitiva, com a respectiva titularidade do crédito pelo autor, não há como não reconhecer a ampla disponibilidade do valor por parte deste, de modo que, em acordo prévio, mostra-se legítimo tanto a prévia limitação do valor da multa coercitiva como até mesmo sua exclusão.

O que não parece ser correto é defender que o crédito da multa coercitiva reverta para o autor e impedi-lo de, mediante livre acordo, limitar seu montante. Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 175), que defende a reversão do valor da multa para o autor, é enfático ao afirmar que “as *astreintes*, como técnica de tutela executiva a ser utilizada pelo poder jurisdicional estatal, não podem encontrar limitação na vontade das partes, visto que se revestem de um caráter público, sendo inerentes ao poder de *imperium* do juiz”.

Se o caráter público da medida prevalece, tanto não é possível reconhecer a possibilidade de limitação prévia do valor por meio de acordo entre as partes como impõe-se o reconhecimento de que o respectivo crédito pertence ao Estado, não ao autor da demanda.

5.2.2 A modificação do valor das astreintes

O art. 461, § 6º do CPC traz a possibilidade de o juiz alterar, oficiosamente, o valor ou a periodicidade da multa caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A lei autoriza, assim, uma ampla modificação da multa no curso de sua incidência, o que levanta algumas questões interessantes.

Inicialmente, cabe esclarecer que essa modificação, empreendida pelo juiz independentemente de pedido da parte, pode atingir até mesmo a multa que tenha sido fixada em sentença já transitada em julgado.

Isso porque a parte da decisão que aplica a multa não representa resposta ao pedido do autor, não compondo o dispositivo da sentença e, por isso, não é hábil a transitar materialmente em julgado (AMARAL, 2010, p. 228). A coisa julgada material torna indiscutível o dispositivo da sentença, nos termos do arts. 468 e 469 do CPC, sendo que este representa a resposta ao pedido feito pelo autor, conforme se depreende dos arts. 458 e 459 do CPC. Desse modo, não há como reconhecer que eventual coisa julgada material que recaia sobre a sentença que também fixou multa coercitiva atinja esta, impedindo sua modificação posterior pelo juízo.

Mesmo partindo de uma interpretação direta do texto constitucional, pode-se ver que o objetivo da consagração da coisa julgada é por fim ao conflito representado pela demanda levada ao Judiciário. O autor tem o direito (direito de ação) a que o Judiciário se manifeste sobre a controvérsia que se lhe apresenta, definindo o direito aplicável e extraindo daí as consequências pertinentes, de modo definitivo, evitando, assim, a perpetuação dos conflitos (garantia da coisa julgada).

A multa coercitiva não tem qualquer relação com a necessidade de definição e estabilização da resposta judicial à demanda trazida pelo autor. Ela constitui um meio de execução de eventual obrigação que venha a ser reconhecida, essa sim o cerne da demanda do autor. O autor tem direito a provocar o Judiciário para definir o direito aplicável (direito de ação), definição esta que deve ter foros de definitividade (garantia da coisa julgada), bem como tem direito a provocar novamente o Judiciário, se necessário, para que este efetive o direito reconhecido (direito de ação), mas, nesse caso, o direito não abrange a utilização de

uma específica medida executiva.

Há o direito à execução, como decorrência direta do direito de ação, mas não há o direito a uma determinada e específica medida executiva. As medidas executivas são aquelas estabelecidas em lei, e sua utilização deve ser feita conforme os parâmetros também estabelecidos em lei, não havendo como se reconhecer o direito definitivo à utilização de determinada medida que tenha sido estabelecido na sentença porque esse suposto direito não guarda direta correlação com a necessidade de estabilização da resposta dada pelo Judiciário à demanda do autor.

É possível, assim, ver que a modificação do valor da multa é atitude que não implica qualquer ofensa à garantia constitucional da coisa julgada.

Para modificar o valor da multa, o juiz tem que se ater ao pressupostos determinados pela lei, quais sejam, a verificação de sua insuficiência ou de sua excessividade. Para tanto, ganha relevo a necessidade de fundamentação específica em torno desses conceitos jurídicos indeterminados, o que somente pode ser devidamente empreendido quando se tem em mente os aspectos fáticos que envolvam a aplicação da multa coercitiva. Em outros termos: a modificação da multa coercitiva pressupõe que o juiz preencha os conceitos jurídicos indeterminados de insuficiência ou excessividade à luz de fatos que estejam relacionados com a aplicação da multa. Não está o juiz autorizado a modificar o valor da multa de forma abstrata, fazendo referências genéricas a elementos normativos.

Joaquim Felipe Spadoni (2007, p. 185) bem coloca que “a modificação do valor da multa deve estar suficientemente fundamentada na modificação da situação fática que a enseja, e a verificação de sua insuficiência ou excessividade assim pode ser considerada”.

É necessário apenas frisar que a situação fática que pode ensejar a modificação da multa pode ser até preexistente à sua aplicação, mas deve ser nova para a cognição judicial, pois, como já visto, ao cominar a multa, o juiz não tem em mãos todos os aspectos de fato que permitiam o devido equacionamento do valor da multa à luz da capacidade de resistência do devedor. O valor da multa pode ser alterado com base em fatos anteriores à cominação da multa pelo juiz, mas que não tenham sido objeto de sua cognição e que apontem no sentido de a capacidade de

resistência do devedor ser maior ou menor do que aquela inicialmente projetada, o que deve levar, desde de que de modo fundamentado, ao respectivo aumento, por insuficiência, ou diminuição, por excessividade, do valor da multa.

De se ver, assim, que o valor da multa somente pode ser alterado com fundamento em elementos de fato novos para a cognição judicial, o que implica a necessidade de uma leitura mitigada da oficiosidade do juiz na alteração desse valor. Como o juiz não pode, por si só, colher elementos de fato estranhos àqueles que tenham sido trazidos pelas partes, a modificação do valor da multa fica na dependência de que o autor ou réu tragam elementos fatos em suporte a suas pretensões de aumento ou diminuição da multa. A oficiosidade do juiz, então, passa a ser entendida como ausência de vinculação à proposta de aumento ou diminuição eventualmente apresentada pela parte interessada, mas não como uma ampla autorização para colher elementos de fato ainda não trazidos ao processo em detrimento da atividade das partes. O entendimento contrário implicaria irremediável mácula ao princípio dispositivo (art. 2º do CPC), decorrência direta do direito fundamental de ação (art. 5º, inc. XXXV da CF/88)⁷⁰.

Questão controversa que se põe com relação à modificação é a possibilidade de ela se dar retroativamente (*ex tunc*) ou apenas prospectivamente (*ex nunc*).

Via de regra, a modificação do valor da multa, até mesmo em função da regra consagrada no art. 6º, *caput* da LINDB, somente terá efeitos prospectivos, ou seja, não atingirá as situações anteriormente ocorridas. Todavia, considerando que, no momento de fixação da multa, o juiz não dispõe dos elementos necessários à sua quantificação precisa, que somente podem se evidenciar depois do início de sua incidência, não se pode afastar a possibilidade de modificação retroativa do valor, de modo a atingir até mesmo o momento de sua fixação inicial, possibilitando um adequado dimensionamento à luz da capacidade de resistência do devedor, que

70 É preciso ter em conta que o juiz dispõe de poderes para determinar a produção de provas referentes aos fatos alegados, independentemente de requerimento das partes (art. 130 do CPC), mas isso não significa que o juiz tenha o poder de se debruçar sobre fatos não trazidos ao processo pelas partes. Trata-se de aplicação do princípio dispositivo, como bem delineado por Rui Portanova (2008, p. 123), “é mais fácil entender o princípio dispositivo referindo a limitação ao juiz. Assim, o juiz fica adstrito aos fatos, ao conflito, à lide. Não poderá: 1. conhecer de controvérsia (questão) que só pelas partes pode ser suscitada; 2. buscar fatos não alegados pelas partes; 3. determinar quais as questões que vai julgar; 4. admitir, considerar ou ter por base outros fatos a não ser os alegados pelas partes”.

deixará de ser presumidamente conhecida, como se dá quando há sua fixação inicial, para passar a ser efetivamente conhecida.

Para Joaquim Felipe Spadoni (2007, pp. 187), a alteração retroativa da multa não é possível porque implicaria ofensa ao direito adquirido do autor ao respectivo crédito:

[...] a partir do momento em que há o descumprimento da ordem judicial e a consequente incidência da multa, esta já passa a ser devida pelo devedor, *incorporando-se ao patrimônio do credor*. Tanto assim é que, caso queira, pode o credor, desde o descumprimento executá-la. Também, pode o devedor efetuar o pagamento ao credor e este recebê-lo, sem que exista qualquer possibilidade de discussão da existência da relação jurídica crédito-débito.

A partir do momento em que a decisão impositiva da multa transita em julgado e que existe a desobediência à ordem judicial, esta incorporação passa a ser *definitiva*, não mais podendo ser revertida, cabendo ao devedor apenas o seu pagamento, amigável ou via execução forçada.

A alteração do valor da multa diária de forma retroativa, afetando aqueles valores já transformados em crédito do autor, por força da desobediência à ordem judicial, importa em ofensa ao *direito adquirido*, constitucionalmente protegido pelo art. 5º, XXXVI, da CF.

Considerando que o crédito decorrente da incidência da *astreinte* deve reverter para o Estado, não para o autor da demanda, o problema da alteração retroativa do valor da multa para diminuí-la não se põe como ofensivo à garantia constitucional do direito adquirido, mormente porque esta não abrange as posições jurídicas titularizadas ativamente pelo Estado⁷¹. Assim, sem o receio de ofender suposto direito de crédito constitucionalmente protegido, o juiz pode alterar retroativamente o valor da multa coercitiva, para diminuí-lo, desde de que o faça fundamentadamente, à luz de fatos ainda não levados a sua cognição e que apontem no sentido de que a resistência do devedor ao cumprimento da ordem

71 Os direitos fundamentais são historicamente concebidos como direitos do indivíduo em face do Estado, não havendo, nessa perspectiva, como reconhecer direitos fundamentais, à semelhança da garantia constitucional do direito adquirido, decorrência direta do direito fundamental à segurança jurídica, titularizados ativamente pelo Estado. A exceção fica por conta dos direitos fundamentais de ordem processual (contraditório, juiz natural, dentre outros) e para aquelas situações em que a pessoa jurídica de direito público se despe do seu poder de império (no Brasil, cf. BRANCO, 2002, pp. 165-166, em Portugal, cf. CANOTILHO, 2003, p. 422-423, e na Alemanha, cf. HESSE, 2009, pp. 58-59). Com relação à multa coercitiva, não parece possível reconhecer que o Estado-juiz não esteja agindo em típico exercício do seu poder de império, motivo pelo qual, até mesmo sob a perspectiva que reconhece ser possível a titularização ativa de direitos fundamentais pelo Poder Público, não há como se reconhecer um suposto direito fundamental à segurança jurídica e consequente garantia do direito adquirido do Estado na espécie.

judicial é efetivamente menor do que aquela projetada no momento inicial da aplicação da multa.

Um aspecto importante que surge nesse passo é a possibilidade de supressão total do valor da multa.

Não se trata de uma simples questão de redimensionar o valor da multa à luz do conceito legal de excessividade, pois esta parte do pressuposto de que a multa foi acertadamente aplicada, mas apenas de modo excessivo.

Reconhecer a possibilidade de supressão integral do crédito decorrente da incidência da *astreinte* equivale a reconhecer que ela foi inadequadamente aplicada, o que é perfeitamente possível de se reconhecer, considerando a limitação de conhecimento do juiz acerca da capacidade de resistência do devedor no momento inicial de aplicação.

Essa inadequada aplicação da *astreinte*, contudo, somente se entremostra quando, desde o início de sua incidência, a capacidade de resistência do devedor não possui relevância alguma, o que se configura apenas quando o cumprimento da obrigação mostra-se impossível.

O juiz, então, somente fica autorizado a suprimir totalmente o valor da multa quando, de modo fundamentado, à luz de fatos novos, considerado como aqueles ainda não levados a seu conhecimento, constata que, desde pelo menos o momento de fixação inicial da multa coercitiva, o cumprimento da ordem judicial se mostrava impossível.

Com relação ao aumento retroativo do valor da multa, tem-se que ele não é possível.

Para Guilherme Rizzo do Amaral (2010, p. 162), a alteração retroativa para aumentar o valor da multa faria o instituto ser descaracterizado, pois passaria a ser um instrumento de punição.

É preciso recordar que o direito fundamental à segurança jurídica exige a previsibilidade, entendida esta como a possibilidade de adotar condutas de acordo com as expectativas jurídicas legitimamente construídas. Assim, não parece possível reconhecer a possibilidade de o juiz alterar retroativamente o valor da multa sem que isso ofenda o direito fundamental à segurança jurídica do devedor, na medida em que o valor inicial da multa criou a legítima expectativa de que, em caso de

descumprimento da ordem judicial, o desfalque patrimonial a ser suportado pelo devedor seria, no máximo, aquele inicialmente estabelecido multiplicado pelo tempo de descumprimento.

Apesar de ser legítimo defender que o devedor não tenha o direito a calcular a possibilidade de descumprimento em função do desfalque patrimonial, chegando à conclusão de que poderia ser benéfico, por menos oneroso, o descumprimento da ordem judicial, isso não afeta a conclusão pela impossibilidade de aumento retroativo do seu valor. A própria estruturação legal da multa coercitiva, que obriga a fixação de um valor, ainda que passível de alteração, parece apontar no sentido de que o legislador, no seu legítimo campo de conformação, ponderando todos os interesses envolvidos, preferiu, no ponto, prestigiar a segurança jurídica do devedor, que deve ter o exato conhecimento da medida da perda patrimonial que pode vir a sofrer.

Desse modo, é possível vislumbrar que alteração do valor multa coercitiva, que não implica ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, somente pode se dar de modo fundamentado, à luz de novos fatos, considerados como aqueles até então não levados ao conhecimento judicial, podendo retroagir exclusivamente para diminuir ou até mesmo suprimir o valor já incidido⁷².

5.2.2.1 A alteração do valor da astreinte e o comportamento do autor

Como visto acima, a possibilidade de alteração retroativa do valor da multa coercitiva para diminuí-la é bastante problemática, tendo em vista o direito de crédito formado pela sua incidência, se se considera que esse crédito pertence ao autor da demanda.

Ocorre que, mesmo sob essa perspectiva, ainda que de modo mais

72 A possibilidade de modificação retroativa da multa pode vir a sofrer importante modificação no CPC projetado (SCD nº 166/2010). No lugar da redação do atual art. 461, § 6º do CPC, que, lido de maneira constitucionalmente adequada, autoriza a modificação do valor da multa até mesmo de modo retroativo, desde que não seja para majorá-la, a redação veiculada no art. 551, § 1º autoriza a modificação e a periodicidade da multa “vincenda”, “sem eficácia retroativa”, o que não deixa muita margem para concluir em sentido diverso ao da vedação da modificação retroativa de modo amplo. Nesse caso, não só ficam prejudicadas as considerações desse item sobre a possibilidade de modificação do valor da multa de modo retroativo, ainda que apenas nos casos de diminuição, como se impõe reconhecer que o juiz deve fixar o valor inicial da multa em patamar baixo, para eventualmente aumentá-lo, e não alto, para eventualmente diminuí-lo, inclusive retroativamente, como havia sido defendido em item anterior.

excepcional, é possível reconhecer a possibilidade de diminuição retroativa do valor da multa.

Urge frisar inicialmente, porém, que, para supressão total do valor da multa, não há diferença de tratamento quando o crédito reverte para o Estado ou para o autor: é necessária a comprovação de que, desde o momento inicial de incidência da *astreinte*, o cumprimento da obrigação determinada na ordem judicial era impossível.

A redução retroativa do valor da multa coercitiva (supressão parcial), quando se reconhece que o respectivo crédito pertence ao autor da demanda, depende da adoção de conduta, por parte deste, incompatível com a função coercitiva da *astreinte*.

Cássio Scarpinella Bueno (2008, v. 3, pp. 417-418) defende que a negligência do autor para com a execução da obrigação principal, na expectativa de crescimento exponencial do valor da multa, que passaria a ser economicamente mais vantajosa, é motivo para suprimi-la.

Guilher Rizzo do Amaral (2010, p. 271) também defende o mesmo ponto, assentando que a “desídia do autor em exigir o cumprimento da tutela específica tão somente para usufruir o crédito resultante da multa” deve ser entendida como situação excepcionalíssima que autoriza a redução do seu montante.

Em verdade, por expor a questão de modo mais técnico, é preciso se achegar aos ensinamentos de Fredie Didier Jr., Leonardo J. C. da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira (2009, v. 5, pp. 457-460), quando defendem que o ordenamento impõe ao autor o dever de mitigar os próprios danos (*duty do mitigate the loss*), em função da boa-fé prevista tanto no Código Civil (art. 422) como no CPC (art. 14, II), de modo a que o descumprimento desse dever, evidenciado pelo negligenciamento da obrigação principal em favor da busca do crédito da multa coercitiva em valor elevado, leva à perda de parte do direito de crédito do autor (*supressio*) e ao surgimento do direito do devedor a ver diminuído o montante total do seu débito (*surrectio*).

É preciso apenas frisar que o princípio da boa-fé, base para a teoria dos atos próprios (*vedação ao venire contra factum proprio*), não é apenas um princípio que se possa extrair da legislação ordinária (arts. 422 do CC e 14, II do CPC).

Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 126) destaca que a boa-fé é corolário do Estado de Direito (art. 1º, *caput* da CF/88), regulador de todas as relações jurídicas, sejam públicas ou privadas. Para Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Dodin de Moraes (2006, v.2, p. 17), a boa-fé se assenta nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV da CF/88), da solidariedade social (art. 3º, I da CF/88) e da igualdade substancial (art. 3º, III da CF/88). A esses, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2009, p. 535) acrescentam o princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI da CF/88).

O princípio da boa-fé, em sua vertente objetiva, exige que autor aja em sintonia com a finalidade perseguida pela aplicação da multa coercitiva, qual seja, buscar o cumprimento específico da obrigação. Assim, aplicada a multa e constatada sua incapacidade de induzir o devedor ao cumprimento voluntário, é dever do autor buscar a substituição da multa por qualquer outra medida de apoio (art. 461, § 5º do CPC) mais eficaz ou requerer de logo a conversão da obrigação principal em perdas e danos, sem prejuízo do valor da multa já incidido.

Caso fique verificado, porém, que o autor deixou transcorrer demasiado lapso temporal sem qualquer provocação do juízo para a adoção de medidas que levem ao cumprimento específico de forma mais efetiva, buscando apenas se beneficiar do valor da multa, que já terá atingido valor vultoso, caberá reconhecer a ofensa ao princípio da boa-fé, na medida em que o autor adotou comportamento incompatível com a razão de ser da aplicação da multa coercitiva, que é buscar o cumprimento específico, não se apropriar do crédito gerado. Assim, o autor perderá o direito a parte do valor já formado (*supressio*) e o devedor verá nascer o direito à redução do débito até então gerado (*surrectio*).

É importante destacar que o comportamento contraditório do autor somente ficará evidenciado a partir do momento em que for constatada a perda de eficácia da multa coercitiva e a negligência em perseguir outros meios mais efetivos para a obtenção da tutela específica, o que denotará, ainda que implicitamente, o desejo de se apoderar do valor da multa em detrimento da obrigação principal. Isso implica reconhecer que, ainda que por um breve momento, a incidência da multa se deu modo legítimo, e o autor não agia sem boa-fé, pois aguardava legitimamente a

atuação da eficácia coercitiva do instituto. Com relação a esse período de legítima omissão do autor, é de se reconhecer que o crédito foi legitimamente formado e, com fundamento na mesma boa-fé, não poderá haver redução por parte do juiz.

Cumpra então reconhecer que, ainda que o crédito da multa coercitiva deva reverter para o autor, ele pode ser retroativamente reduzido pelo juiz, mas, para tanto, tem este que fundamentar a redução na constatação de que houve quebra da boa-fé por parte do autor, que passou a adotar comportamento demonstrando sua preferência pelo valor da multa no lugar da tutela específica da obrigação principal. Nessa hipótese, não é legítimo suprimir o valor integral da multa, devendo o juiz ter o cuidado de identificar o momento a partir do qual a preferência pelo valor da multa no lugar da tutela específica ficou evidenciado, pois é a partir de então que o crédito terá se formado de forma indevida.

5.3 A execução do crédito da *astreinte*

5.3.1 A necessidade de submissão ao regime da execução de obrigação de pagar *quantia certa*

Para um adequado equacionamento das questões que envolvem a execução do crédito gerado pela incidência da multa coercitiva, é imperioso fazer a distinção entre a aplicação do instituto em si e a execução do crédito decorrente de sua incidência.

Uma coisa é a aplicação da *astreinte* como medida de execução indireta, outra é a execução do crédito decorrente de sua eventual incidência. A separação entre esses elementos, obviamente, não é absoluta, dado que a eficácia coercitiva da multa depende de que o crédito eventualmente gerado seja executado. Isso não implica reconhecer, contudo, que o regime de aplicação da multa e de execução do respectivo crédito tenham que ser o mesmo, pois, enquanto a aplicação da multa tem por objetivo induzir o devedor ao cumprimento, evidenciando, assim, num primeiro momento, seu caráter coercitivo, a execução do eventual crédito gerado já se dará em momento posterior à incidência da multa, quando a eficácia coercitiva já não é a tônica principal.

Feita essa distinção, já é possível antever que o crédito da multa coercitiva, ao contrário do que defendido por Sérgio Cruz Arenhart (2010, pp. 548-549), não poder ser executado oficiosamente pelo juiz nem poder ser realizado sem a submissão a um dos ritos executivos previamente fixados em lei.

O crédito em si da multa não é medida executiva indireta, de caráter coercitivo, para cuja aplicação o juiz está legalmente autorizado a agir de ofício, mas apenas uma obrigação de pagar quantia, cuja contribuição para a coercitividade da *astreinte* não está na forma como será executado, mas somente no fato de que sua execução efetivamente se dê, atingindo o patrimônio do devedor. Para tanto, não é necessário que o princípio dispositivo, decorrência direta da garantia de imparcialidade do juiz (SILVA, 2003, p. 63 e PORTANOVA, 2008, p. 71), seja flexibilizado, nem que a submissão a um dos regimes executivos estabelecidos em lei seja afastada.

Desse modo, não há como não reconhecer que a execução do crédito da multa coercitiva deve se submeter ao regime da execução por quantia certa, a ser instaurado mediante provocação da parte legitimada.

O regime de execução do crédito da multa coercitiva é aquele previsto para o cumprimento de sentença, pois o título a ser executado será a decisão judicial de fixação da multa, que se encarta na previsão de título executivo judicial constante do art. 475-N, I do CPC. O legitimado para execução do crédito da multa coercitiva é o titular do crédito, ou seja, o Estado (Estado-membro ou União, conforme a origem do juiz ou Tribunal que tenha fixado a multa).

Poder-se-ia defender que, em virtude do titular do crédito e correspondente legitimado ativo para a execução ser o Estado, a multa deveria ser submetida ao regime de execução da Lei de Execução Fiscal (LEF) - Lei 6.830/1980.

Ocorre, porém, que o executivo fiscal só é cabível para a execução da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 1º da LEF), sendo que esta corresponde aos créditos que, na forma da lei, devem ser inscritos para adquirir a necessária certeza e liquidez para fins de execução (art. 2º, § 3º da LEF). A inscrição em dívida ativa é que confere ao crédito público a liquidez e certeza necessárias à execução, tanto que o próprio CPC qualifica esses créditos como título executivo apenas após a

inscrição (art. 585, VII do CPC).

Assim, considerando que o crédito da *astreinte*, desde que certo, líquido e exigível, já goza da necessária executividade em função da previsão do art. 475-N, I do CPC, não se faz necessária sua inscrição em dívida ativa para fins de execução por meio do rito previsto na LEF, podendo a Fazenda Pública executar esse crédito sob o regime do cumprimento de sentença previsto nos arts. 475-I a 475-R do CPC.

5.3.2 A certeza, liquidez e exigibilidade do crédito da *astreinte*

A certeza, liquidez e exigibilidade, características então atribuídas ao título executivo (antiga redação do art. 586 do CPC), mas em verdade relacionadas à obrigação representada pelo título (atual redação do art. 586 do CPC), são elementos essenciais ao desenvolvimento de qualquer atividade executiva.

Marcelo Abelha (2007, p. 112) discorre sobre a relação entre o título executivo e o devido processo legal:

Há, sem dúvida, uma estreita e importante ligação do título executivo com o devido processo legal processual, no sentido de que a presença desse instituto como elemento imprescindível à execução representa uma segurança para as partes e legitimidade para o Estado, que lhe dá credibilidade para atuar (poder) a norma jurídica sobre o patrimônio do executado (sujeição).

A segurança para as partes e a credibilidade para os atos executivos do juiz, que se apresentam como decorrência inafastável do devido processo legal, são conferidos pela certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação representada pelo título. Ausente uma dessas características na obrigação, resta inviabilizada, de modo lógico e jurídico, a realização de qualquer ato executivo.

Desse modo, algumas questões acerca da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação de pagar o crédito gerado pela multa coercitiva merecem um enfrentamento específico.

Teori Albino Zavascki (2003, v. 8., p. 230) ressalta que “a exigibilidade tem como pré-requisito a certeza do direito” e que “obrigação exigível é a obrigação não sujeita (ou não mais sujeita) a termo ou condição suspensiva”.

O crédito da multa coercitiva não está sujeito a termo ou condição suspensiva, motivo pelo qual não cabe falar, aqui, em exigibilidade. O prazo fixado

pelo juiz para o cumprimento da obrigação sob pena de incidência da multa não toca com a exigibilidade do crédito, mas sim com a própria certeza, pois, caso a obrigação seja cumprida nesse interregno, não há como se falar do crédito, que sequer chegou a existir, já que a multa não incidiu.

A certeza da obrigação representada no título não toca com a sua existência, mas sim com a precisa identificação dos seus aspectos formais, objetivos e subjetivos, inerentes a qualquer relação obrigacional. Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco (2009, v. 4, p. 229), a obrigação certa é aquela que permite a precisa identificação e individualização dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídica em execução, bem como do seu objeto.

Nessa perspectiva, o crédito decorrente da incidência da *astreinte* é certo, pois, apesar de ser possível que sequer exista – basta pensar na hipótese de, no momento de fixação da multa coercitiva, a obrigação já ser de impossível cumprimento, vindo o juiz a tomar conhecimento desse fato apenas algum tempo depois da incidência da multa –, os elementos da relação jurídica estão perfeitamente precisados e individualizados: os sujeitos ativo (o credor, o Estado), passivo (o devedor, o executado) e o objeto (a soma em dinheiro).

Questão mais complexa com relação ao crédito da multa coercitiva toca com a sua liquidez, que deve ser entendida como a precisa quantificação do objeto da obrigação a ser executada. Isso porque, como já visto, o valor da multa pode ser tanto majorado como minorado após sua incidência, quando se identificam fatos que não estavam ao alcance do conhecimento do juiz no momento de fixação da multa ou à luz de fatos supervenientes ao início de incidência da multa.

Tendo em consideração a ampla possibilidade de modificação da multa, impõe-se que o juízo fixe um termo final de incidência para que seja possível realizar o preciso cálculo do valor devido.

Desse modo, tem-se como impossível a liquidação e execução parcial do crédito da multa, à medida em que esta for incidindo, mormente porque há sérias dificuldades quanto à liquidez do crédito nessas circunstâncias, sujeito que está a modificações supervenientes que, no mínimo, tornam contraproducente e, no máximo, inúteis, eventuais liquidações parciais que venham a ser empreendidas.

O juiz deve, portanto, considerar as circunstâncias de fato ocorridas após

a incidência da multa, e, de modo fundamentado, eleger um termo final para incidência da *astreinte*, de modo que seja possível liquidar o valor devido.

Note-se que, como visto, não é possível defender a existência de um limite prévio para fixação da multa coercitiva, o que implica reconhecer igualmente a impossibilidade de fixação prévia um termo final de incidência, pois ambas as medidas tem o mesmo efeito prático. Apenas após a incidência é que o juiz pode avaliar as circunstâncias de fato então descortinadas e arbitrar o termo final de incidência, dado que a multa não pode incidir indefinidamente, já que isso implicaria a distorção da sua finalidade, que é ser suficientemente forte para coargir o devedor ao cumprimento da obrigação em um prazo razoável de tempo, não em um prazo indefinido.

A tônica, portanto, deve residir na avaliação do cumprimento ou não da finalidade da *astreinte*. Se, à luz das circunstâncias descortinadas ao longo da incidência da multa, vislumbra-se que ela perdeu sua força coercitiva, deve o juiz arbitrar o termo final da incidência, valendo-se de outras medidas de apoio, ou, no limite, exortando o autor a empreender a respectiva conversão em perdas e danos, caso fique constatado que nenhuma medida executiva, direta ou indireta, mostrou-se apta à tutela específica.

Não há critérios mais precisos para identificação desse termo final de incidência, o que não implica reconhecer total liberdade do juiz na sua fixação. Aqui, o magistrado deve se ater a fatos supervenientes à incidência da multa, com especial foco no comportamento das partes, avaliando eventuais ações e omissões tanto do exequente como do executado e o modo como elas refletem a influência da coercitividade da multa. Por exemplo, diante de um executado que não esboça qualquer reação no sentido de cumprir a obrigação, a despeito de anterior majoração da multa cominada, e um exequente que vem a juízo requerer a adoção de medida mais eficaz, é de se ter como exaurida a coercitividade da multa aplicada, fixando-se o termo final de sua incidência.

Deve ser frisado que esse termo final pode perfeitamente ser colhido em momento anterior à decisão que decide por fixá-lo, já que os fatos que deixam claro o exaurimento da coercitividade da multa podem perfeitamente ser levados ao juiz apenas em momento muito posterior a sua ocorrência.

O fundamental, portanto, para que seja possível liquidar o valor do crédito decorrente da *astreinte*, é que o juiz fixe-lhe um termo final de incidência, de forma fundamentada, à luz de fatos que apontem para o exaurimento da coercitividade da medida.

Fixado esse termo final, o juízo deve remeter ao representante judicial do Estado (União ou Estado-membro, a depender do juízo que aplicou a medida ser estadual ou federal) cópia de todas as decisões do processo relacionadas a multa coercitiva aplicada, ou seja, da decisão que a fixou, das que eventualmente lhe tenham alterado o valor e daquela que lhe estabeleceu o termo final.

Com esses dados, o representante judicial do Estado disporá de título de obrigação certa, líquida e exigível, devendo proceder à instauração da execução, com a observância da exigência de apresentação da memória de cálculo (art. 475-B do CPC). O rito a ser seguido, como já visto, será aquele que o CPC estabelece para a execução de título judicial de obrigação de pagar quantia certa (cumprimento de sentença, arts. 475-J e seguintes do CPC).

5.3.3 A defesa do executado na execução do crédito da *astreinte*: a necessidade de flexibilização do art. 475-L, VI do CPC

A defesa do executado na execução do crédito decorrente da *astreinte* não tem nenhuma peculiaridade em relação às defesas em geral que qualquer executado pode mover contra execuções de obrigação de pagar quantia certa fundada em título executivo judicial, salvo a hipótese de impugnação ao cumprimento de sentença prevista no art. 475-L, VI do CPC, que, dada as peculiaridades inerentes à aplicação da multa coercitiva, deve receber uma leitura diferente, mais flexível.

Referido texto normativo autoriza o manejo da impugnação ao cumprimento de sentença (execução de pagar quantia certa fundada em título executivo judicial) quando ocorrer qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação em execução, exemplificadamente o pagamento, a novação, a compensação, a transação ou a prescrição, desde que verificadas em momento posterior à sentença.

Inicialmente, deve-se lembrar que, na decisão que comina inicialmente a multa coercitiva, o juiz não tem diante de si delineado os elementos que permitam a fixação precisa de um valor, já que lhe foge ao alcance a realidade de fato que permite aquilatar adequadamente a capacidade de resistência do devedor. Também não se pode negligenciar que, nesse momento inicial, a multa é fixada sem o necessário conhecimento acerca da impossibilidade de cumprimento da decisão pelo devedor. Do mesmo modo, no curso da incidência da multa, não é impossível vislumbrar que podem ocorrer situações de fato que apontem no sentido de uma reduzida capacidade de resistência do devedor, que está empreendendo todos os esforços possíveis para o cumprimento da obrigação, mas, por motivos os mais variados, ainda não conseguiu adimpli-la, sendo que essa realidade pode não ter chegado a conhecimento do juiz, que fica impossibilitado, assim, de redimensionar a multa, reduzindo-a.

Diante desse quadro, a adequada interpretação do art. 475-L, VI do CPC, na execução do crédito decorrente da multa coercitiva, aponta no sentido de ser autorizado o manejo da impugnação ao cumprimento da sentença com base em fatos, até então não levados à cognição do juízo, que apontem no sentido de o valor em execução ser excessivo ou mesmo inexistente, podendo esses fatos serem até mesmo anteriores à decisão que cominou a multa, devendo ser afastada a restrição constante do texto normativo que determina que tais fatos sejam supervenientes à decisão em execução.

A restrição constante do art. 475-L, VI do CPC quanto à superveniência da causa de extinção da obrigação, é coerente com a regulamentação da coisa julgada material pelo próprio CPC, que consagra, no seu art. 474, a sua eficácia preclusiva (cf. NERY JR. e NERY, 2013, p. 890).

De acordo com o art. 474 do CPC, aquelas matérias de defesa que poderiam ter sido alegadas para a rejeição do pedido, mas não o foram, não podem mais ser alegadas após o trânsito em julgado da decisão de mérito do feito (cf. ALVIM, ASSIS e ALVIM, 2012, pp. 943-945). Aplicando-se à situação ora em análise, poder-se-ia argumentar que, sendo os fatos que apoiam a defesa do executado anteriores à decisão que cominou a multa coercitiva, não poderiam ser alegados em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, pois estaria ausente o requisito

da superveniência, exigido pelo art. 475-L, VI do CPC como decorrência lógica da eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 474 do mesmo CPC.

Esse raciocínio, contudo, mostra-se equivocado, na medida em que, como já visto, não há que se falar em coisa julgada material quando o que se está em análise é o crédito da multa coercitiva, motivo pelo qual o regime do CPC, inclusive a eficácia preclusiva do art. 474, deve ser afastado.

Desse modo, a eficácia preclusiva do art. 474 do CPC, que compõe o regime legal da coisa julgada material, não deve ser levantado como óbice para que o executado possa se valer da impugnação ao cumprimento da sentença, com base no art. 475-L, VI do CPC, alegando causa impeditiva, modificativa ou extintiva do crédito da *astreinte* com fundamento em fatos anteriores à própria fixação da multa coercitiva que apontam para a impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Obviamente, a flexibilização aqui defendida toca apenas com a relação entre o momento do fato e a decisão por ele influenciada (anterioridade ou superveniência). Defende-se que a restrição imposta pelo art. 474 do CPC, e que se reflete no termo “superveniente” empregado no art. 475-L, VI do CPC, é uma restrição imposta pelo legislador no sem campo de conformação da garantia constitucional da coisa julgada material. Assim, essa exigência de superveniência entre o fato e a decisão, que sequer é uma decorrência direta do regime constitucional da coisa julgada material, mas sim do seu regime legal, não deve ser aplicada quando em execução o crédito da multa coercitiva, dado que, de um modo geral, a sistemática da coisa julgada material não lhe é aplicável. Isso não implica reconhecer, contudo, que não há limite para as discussões que possam ser travadas em torno do crédito da multa coercitiva, pois o próprio texto constitucional, ao consagrar o direito fundamental à segurança jurídica, acabar por consagrar, ainda que indiretamente, o instituto da preclusão. Desse modo, a possibilidade de discussão acerca da existência do crédito da multa, bem como da possibilidade de sua modificação, está condicionada à observância da preclusão.

A preclusão possui duas dimensões: na primeira, dirigida à atividade das partes, representa a extinção do direito de suscitar questões fora do momento oportuno (SICCA, 2006, p. 109), na segunda, que tem por objeto a atividade do juiz, consagra o impedimento de reapreciar questões já decididas (*idem*, p. 181).

Para o autor, a possibilidade de levantar questões que fundamentem a necessidade de aumento do valor da multa coercitiva fica condicionada à decisão do juiz que marca o termo final de incidência. Após essa decisão, preclui o direito do autor de propor a majoração da multa coercitiva.

Para o devedor, a possibilidade de levantar questões que fundamentem a necessidade de diminuição do valor da multa coercitiva, ou que fundamentem a inexistência do respectivo crédito, por nulidade da cominação da multa, em função da impossibilidade do cumprimento específico da obrigação, fica condicionada à impugnação ao cumprimento de sentença, momento último no qual tais questões podem ser ventiladas, nos termos do art. 475-L, VI do CPC. Após o prazo para impugnação, preclui o direito do devedor de apresentar as questões envolvendo a minoração ou extinção do crédito da multa.

Em todos os casos, o juiz não pode se manifestar sobre questões relacionadas à incidência da multa e à alteração do seu crédito que já tenham sido decididas. Se, no curso da incidência, já tiverem sido levantadas questões referentes à necessidade de majoração ou minoração do valor da multa, ou da inexistência do crédito, com base em determinados fatos, não pode o juiz se manifestar novamente sobre a questão, com base nos mesmos fatos, em momento posterior. Logo, se, por exemplo, no curso da incidência da *astreinte*, o devedor já tiver trazido a questão da inexistência do crédito, com base em fatos que apontem a impossibilidade do cumprimento específico da obrigação, não poderá levantar a mesma questão, com base nos mesmos fatos, no momento da impugnação ao cumprimento de sentença, já que, por força da preclusão, não poderá o juiz se manifestar novamente sobre a questão, decidindo novamente aquilo que já foi objeto de decisão anterior.

5.3.4 A subsistência do crédito da *astreinte* em face da reforma, anulação ou revogação da decisão que a cominou

Eventual decisão que reconheça provisoriamente o direito material, de forma cautelar ou antecipada, impondo multa coercitiva, pode ser anulada ou reformada por meio do provimento do recurso contra ela manejado ou pode ser revogada pela decisão definitiva do feito, objeto de cognição exauriente, que venha

a concluir pela inexistência do direito inicialmente reconhecido. Em ambos os casos, surge a controvérsia acerca da subsistência ou não da multa cominada.

Para Joaquim Filipe Spadoni (2007, pp. 191-194), a multa coercitiva possui caráter eminentemente processual, motivo pelo qual sua exigibilidade não sofre qualquer influência do direito material em litígio. Considerando, ainda, que a decisão que revoga outra, anteriormente proferida, seja por meio de provimento de recurso, seja julgando improcedente a demanda, seria constitutiva negativa (*ex nunc*) com relação à decisão revogada e declaratória (*ex tunc*) com relação ao direito material em litígio, a multa inicialmente cominada deve subsistir, pois o efeito retroativo decorrente da natureza declaratória da revogação somente recairia sobre a *astreinte* se esta tivesse ligação com o direito material, o que não ocorre.

Guilherme Rizzo do Amaral (2010, pp. 194-204) conclui em sentido contrário, defendendo que a revogação da decisão provisória que culminou a multa, seja por meio de decisão que dá provimento a recurso, seja por meio de decisão posterior que julga improcedente a causa, deve implicar a insubsistência da multa. Isso porque pensar em sentido contrário significaria distorcer a *astreinte*, conferindo-lhe caráter punitivo, e o efeito declaratório negativo das decisões que revogam outras no processo atingiria também a cominação da multa, que não pode subsistir. Ademais, reconhecer a subsistência da multa nesses casos também implicaria um culto à autoridade do Estado mesmo onde ela tivesse sido exercida sem amparo no direito material, implicando verdadeiro esvaziamento de sua função instrumental.

Olhando sob a perspectiva mais estritamente técnica, a decisão que modifica outra, anulando-a ou modificando-a, no caso de provimento de recurso, ou revogando-a, no caso de decisão posterior dotada de cognição mais profunda, possui caráter eminentemente declaratório, a teor mesmo do que estabelece o art. 475-O, II do CPC, que determina, nessas hipóteses, que as partes sejam restituídas ao estado anterior. Isso quer dizer que esse caráter declaratório, que implica o efeito retroativo (*ex tunc*), atinge a multa eventualmente cominada na decisão anterior, que não pode mais subsistir.

Essa perspectiva mais rigorosamente técnica, porém, mostra-se insuficiente para conferir uma adequada solução à questão. Isso porque essa solução coloca em cheque a efetividade das decisões judiciais provisórias que

cominam a multa coercitiva, dado que, como bem coloca Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 545), “a ser acolhida essa visão, faz-se da parte obrigada o último juiz da validade ou não de qualquer determinação judicial”.

Fazer depender a sorte da multa coercitiva ao resultado da decisão final do processo reconhecendo a existência do direito material é medida que intuitivamente não contribui para reforçar a necessária efetividade dos provimentos de urgência, que se mostram legítimos mesmo nos casos de inexistência do direito material tutelado.

Em verdade, os argumentos alinhados a favor da insubsistência da multa em caso de decisão final não reconhecendo o direito material são mal disfarçados argumentos contra a própria legitimidade das decisões provisórias que tutelam direitos materiais efetivamente inexistentes. Dizer que a multa coercitiva se transformaria em medida meramente punitiva e que reconhecer sua subsistência mesmo diante de decisão final de improcedência é um culto à autoridade do Estado em si é se voltar, por via sub-reptícia, contra as medidas de urgência que amparam, provisoriamente, aquela parte que não tem o direito material alegado.

Desse modo, esses argumentos somente ganhariam maior validade se fosse possível reconhecer uma menor legitimidade, ou a necessidade de menor efetividade, para as medidas provisórias de urgência que tutelam direitos materiais inexistentes, o que não se verifica.

Em verdade, a correta solução da questão passa pela identificação da natureza jurídica da *astreinte*, bem como pela identificação do titular do seu crédito. Reconhecendo-se no autor o titular do crédito, parece inafastável a conclusão de que a multa coercitiva possui íntima conexão com o direito material em litígio, de modo que, reconhecendo-se a inexistência deste, não há como não se reconhecer a subsistência daquela. Por outro lado, equacionando a titularidade do crédito a luz da natureza pública-processual do instituto, reconhecendo-a no Estado, e não no autor, não é difícil vislumbrar que o destino da multa coercitiva não se mostra conexo ao destino do direito material em litígio.

Apesar de a regra ser a desvinculação entre a multa coercitiva e a decisão final da demanda, o legislador pode decidir em sentido contrário. É o que acontece, por exemplo, com o art. 12, § 2º da LACP, o qual dispõe que a multa

somente será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, apesar de ser devida desde quando configurado o descumprimento. Assim, no âmbito da ação civil pública, a multa coercitiva depende da decisão final do processo reconhecendo a existência do direito alegado pelo autor. Essa escolha legislativa, apesar de não parecer ser a mais acertada, já que implica um certo desprestígio à tutela provisória de urgência, não parece poder se taxada de inconstitucional, pois não esvazia por completo esse tipo de tutela no âmbito da ação civil pública, única hipótese em que, dada a presunção de constitucionalidade das leis, a inconstitucionalidade se configuraria de modo inequívoco.

Desse modo, apesar de não ser possível se afastar da regra do art. 12, § 2º da LACP, tem-se que, por se apresentar como medida que restringe a efetividade da tutela provisória de urgência, deve ela receber interpretação/aplicação restrita, devendo ser limitada ao âmbito da ação civil pública. Assim, a regra geral não deve ser a aplicação do referido dispositivo.

Para todos os demais processos, a regra geral deve ser a subsistência da multa coercitiva fixada em decisão que defere medida de urgência independentemente da existência ou não do direito material tutelado, reconhecida de modo definitivo após cognição exauriente. Assim, mesmo que a sentença seja de improcedência, eventual *astreinte* que tenha incidido em virtude de decisão interlocutória que antecipou a tutela deve subsistir.

É preciso, porém, fazer algumas distinções. Para que seja possível defender a subsistência da multa coercitiva cominada em decisão que defere a tutela de urgência independentemente do resultado final da demanda, o exercício da tutela jurisdicional provisória tem que ter se dado de forma regular. Aqueles que defendem a necessidade de não se cultuar a autoridade do Estado por si só tem em seu favor um ponto que deve ser destacado: não basta que a ordem tenha partido do Estado-juiz, mas sim que ela tenha se dado de modo regular, na conformidade do que prescreve o ordenamento jurídico.

Para o exercício da tutela de urgência, o ordenamento jurídico estabelece uma série de prescrições, ora comuns a toda atividade jurisdicional (fundamentação da decisão judicial, por exemplo), ora específica desse tipo de tutela (demonstração da fumaça do bom direito ou da prova inequívoca da verossimilhança das alegações

e do perigo na demora), de modo que o juiz que defere medida de urgência fora das balizas ditadas por essas prescrições exerce ato ilegal, inválido, não tendo como ser reconhecida a idoneidade de qualquer medida de força, à semelhança da cominação da *astreinte*, que tenha sido utilizado em suporte a esse ato.

Quer isso dizer que a subsistência da multa coercitiva cominada por uma decisão que defere tutela de urgência depende da validade dessa decisão. Logo, se a decisão vier a ser atacada por recurso, eventual provimento deste, anulando-a, por *error in procedendo*, ou reformando-a, por *error in iudicando*, torna inexigível qualquer multa que por acaso tenha incidido em face da ausência de efeito suspensivo do recurso. Isso porque, nesse caso, o exercício da tutela jurisdicional de urgência não terá ocorrido de forma válida, não havendo razão que justifique a defesa da subsistência da multa, que terá sido cominada para o cumprimento de uma decisão que, em si, é ilegal.

Por outro lado, caso a decisão que deferiu a tutela de urgência não tenha sido impugnada oportunamente, os recursos manejados não tenham sido conhecidos ou tenham sido desprovidos, a multa então cominada deve subsistir, mesmo diante de decisão posterior, definitiva ou não, que, aprofundando a cognição, tenha concluído em sentido diverso. Isso porque, nesse caso, mesmo que tenha sido utilizada para resguardar um direito inexistente, a tutela de urgência terá sido exercida de forma legítima, dentro dos contornos legais estabelecidos pelo ordenamento, merecendo por isso o mesmo tratamento dispensado à tutela definitiva, o que implica reconhecer a subsistência da multa coercitiva que tenha sido eventualmente cominada.

Desse modo, a anulação ou reforma da decisão de urgência, por meio do provimento do recurso oportunamente manejado, torna insubsistente eventual multa coercitiva que tenha sido cominada, enquanto a revogação dessa mesma decisão por outra que tenha sido objeto de cognição mais profunda não tem o condão de tornar insubsistente a multa eventualmente cominada.

5.3.5 A execução provisória do crédito da *astreinte*

A execução provisória corresponde à autorização legal para que a

atividade executiva se dê antes de a obrigação constante do título executivo judicial se tornar definitiva. A execução, via de regra, deve-se dar após o acerto definitivo da obrigação constante título executivo, o que, no caso dos títulos judiciais, ocorre com o respectivo trânsito em julgado, ou seja, com a impossibilidade de interposição de recurso contra a decisão. Ocorre que, considerando a possibilidade de utilização protelatória de recursos, de modo a inviabilizar a execução, o legislador houve por bem autorizar a execução da obrigação reconhecida no título judicial quando este tiver sido impugnado por recurso desprovido de efeito suspensivo (ALVIM, ASSIS e ALVIM, 2012, p. 1002).

Essa autorização para o adiantamento da atividade executiva, que normalmente deve se dar apenas após o acerto definitivo da obrigação, não é feita pelo legislador sem maiores cuidados. De fato, no regime da execução provisória estabelecido no CPC, mais precisamente no art. 475-O, a execução provisória depende da iniciativa do credor, que assume todos os riscos decorrentes (art. 475-O, I), bem como a modificação do título, seja por meio de provimento de eventual recurso, seja pela superveniência de decisão em sentido contrário, deve levar à restituição das partes ao estado anterior, ou seja, opera efeitos retroativos (*ex tunc*) (art. 475-O, II).

A regra geral do CPC autorizando a execução provisória pode ser afastada, seja por comando constitucional – caso do regime de pagamento por quantia certa fundada em título judicial a que está sujeita a Fazenda Pública, por exemplo (art. 100, *caput* da CF/88) –, seja por comando legal – caso das vedações à concessão da tutela de urgência contra a Fazenda Pública, tratadas, por exemplo, no art. 2º-B da Lei 8.437/1992 e no art. 7º, §§ 2º e 5º da Lei 12.016/2009. Esses dispositivos legais que restringem a execução provisória, por serem exceção ao regime geral do CPC, devem receber interpretação/aplicação restrita.

Dito isso, é de se ver que não há óbice para o reconhecimento da possibilidade de execução provisória do crédito da *astreinte*. Qualquer problema relacionado à possibilidade de modificação posterior da obrigação em execução já está suficientemente resolvido no próprio regime geral da execução provisória, na medida em que, como já visto, esta só corre por iniciativa do exequente, que assume todos os riscos inerentes, inclusive a necessidade de retorno das partes ao

estado anterior em caso anulação ou modificação da obrigação.

Desse modo, o crédito da *astreinte* pode ser executado provisoriamente, à exceção da hipótese consignada no art. 12, § 2º da LACP, no qual a própria exigibilidade da multa depende do trânsito em julgado da decisão de mérito favorável ao autor. Nesse caso, a própria lei abre uma exceção, afastando a possibilidade de execução provisória. A situação, porém, deve ser encarada de modo excepcional, recebendo interpretação/aplicação restrita, de modo que a vedação à execução provisória do crédito da multa coercitiva deve se limitar ao âmbito da ação civil pública.

Resta frisar, que, no que toca ao crédito da *astreinte*, o título executivo, como já visto, será formado pela decisão que comina inicialmente a multa, por aquelas que eventualmente tenham modificado seu valor no curso de sua incidência e por aquela que tenha marcado seu termo final, permitindo sua liquidação. A execução do crédito da *astreinte* será empreendida com base nesse conjunto de decisões, que forma o título executivo, e será provisória se qualquer uma delas estiver submetida a recurso sem efeito suspensivo. Quando tiver sido exaurida a possibilidade de recurso contra todas essas decisões, configurando-se o respectivo trânsito em julgado de cada uma, a execução passará a ser definitiva.

6 CONCLUSÃO

Texto normativo e norma não se confundem. Aquele é o objeto da interpretação, enquanto esta é o resultado da interpretação. A interpretação, processo de obtenção de sentido do texto normativo, não pode se dar de modo completamente livre, devendo se ater ao limites de sentido contidos no próprio texto e ser realizada de modo metodologicamente orientado, sob pena de consagração do arbítrio.

O método clássico de interpretação ofereceu critérios insuficientes para conduzir a uma adequada interpretação, mormente porque não se estabeleceu uma maneira de harmonizá-los. No contexto da crítica ao método clássico, a hermenêutica filosófica assentou a inadequação do método dedutivo, típico das ciências naturais, para a atividade de interpretação, o que foi mal assimilado na prática doutrinária e jurisprudencial nacional como a defesa de ausência de método, quando, na verdade, a crítica da hermenêutica filosófica não foi feita sem a proposição de uma teoria hermenêutica, de um caminho a ser seguido para a obtenção do sentido, o que, ainda que de maneira ampla, corresponde ao estabelecimento de um método.

O método apropriado para interpretação do Direito consiste na análise, pelo intérprete autêntico, da solidez argumentativa da uma determinada tese, expondo com clareza os argumentos favoráveis e contrários envolvidos, destacando o eventual momento em que a superação de um argumento se dê por ato de vontade, tudo com especial relevância para análise dos diversos elementos que reclamam a adoção de um entendimento harmônico, capaz de manter a coerência da decisão com os casos futuros.

Nessa perspectiva metodológica, a distinção entre regras e princípios se situa entre o texto normativo e a norma, ou seja, no curso do processo de interpretação/aplicação (concretização), podendo ser descrita da seguinte forma: se o intérprete apresenta uma norma como regra, está a dizer que a conduta exigida para o caso não foi por si estabelecida, mas por uma autoridade exterior, sendo seu trabalho criativo mínimo, apesar de necessário. Nesse caso, o intérprete deve identificar expressamente qual é essa autoridade e, se for necessário, demonstrar

em qual elemento do ordenamento positivo repousa a autorização a ele dada para estabelecer a norma. A partir daí, segue-se que passa a militar em favor da proposta todas as razões que apontam no sentido de que seguir uma regra é algo moralmente bom independentemente do fato de ter sido estabelecido por uma autoridade, o que implica reconhecer um menor ônus argumentativo para o intérprete. Se o intérprete opta pela qualificação da norma que apresenta como princípio, reconhece que ele próprio tem papel predominante, embora não exclusivo, na sua construção, de modo que deve fundamentar, de modo argumentativo, o porquê de sua legitimidade para construir a norma, já que esta não se presume. Ao contrário da regra, um princípio exige que o intérprete/aplicador justifique a necessidade de sua participação preponderante na construção da norma, o que por si só já denota maior ônus argumentativo. Tanto num como em noutro caso, não fica o juiz autorizado a negligenciar os argumentos que podem ser levantados contra a qualificação como regra ou como princípio, bem como contra o sentido normativo que foi proposto.

Os postulados normativos correspondem a deveres que estruturam o modo de aplicação de outras normas, situando-se, por isso, em um segundo grau, distinto das normas que são seu objeto.

O postulado normativo da ponderação consiste na atribuição de diversos pesos a elementos distintos, mas da mesma espécie, de maneira a escolher aquele que apresente maior peso, e colhe sua racionalidade na obrigação que tem o intérprete de, ao utilizá-lo, explicitar o que está sendo ponderado, confrontando todos os argumentos favoráveis e contrários postos em debate, bem como impondo a necessidade de observância da coerência com as ponderações semelhantes utilizadas em casos passados ou que possam vir a se descortinar em casos futuros.

O postulado normativo da razoabilidade, que não se confunde com o postulado normativo da proporcionalidade, divide-se em três tipos: a) a razoabilidade como equidade, que impõe a correção dos defeitos decorrentes da generalidade da norma, quando esta generalidade, em si mesma, é um elemento que conduz ao erro, impedindo a adequada subsunção do caso concreto; b) a razoabilidade como congruência, que exige tanto que a norma mantenha uma relação de aceitabilidade com a realidade empírica sobre a qual se debruça, bem como a relação de

aceitabilidade entre uma determinada medida normativa, geralmente de diferenciação, e o critério utilizado para dimensioná-la e c) a equidade como equivalência, que impõe que, numa relação de causalidade entre dois elementos, a (des)valorização de um se dê na razão direta, não arbitrária, da (des)valorização do outro.

A aplicação da proporcionalidade pressupõe a identificação de uma medida e a relação dessa medida com a realização de determinado objetivo jurídico, pressupondo três testes: o da adequação, que impõe que o meio escolhido seja apto a atingir, ainda que minimamente, a finalidade perseguida; o da necessidade, pelo qual será necessário o meio se não for possível vislumbrar outro que, atingindo o fim com a mesma intensidade, promova menor restrição aos direitos envolvidos e o da proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde à ponderação entre o grau de satisfação do fim pela medida e o grau de restrição que essa medida provoca nas demais normas envolvidas.

A face objetiva dos direitos fundamentais, que impõe sua observância em todas as manifestações jurídicas, não apenas aquelas correspondente à estrutura subjetiva para o qual foram pensados, fundamenta a releitura de todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição Federal, sendo elemento importante para o adequado equacionamento das questões envolvendo as *astreintes*.

O direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, decorrente da leitura conjunta do direito fundamental de ação e do devido processo legal, corresponde ao direito ao adequado acesso ao Judiciário, mediante um processo que seja capaz, racionalmente, de reconhecer direitos (sentença) e prestar-lhes a devida proteção ou reparação (execução), implicando, sob a perspectiva objetiva, a racionalidade da atividade processual estatal, entendida essa como a adoção de normas, práticas e interpretações que levem à melhor forma possível de reconhecer e proteger direitos.

Sob essa perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve haver o devido cuidado para que a qualidade da prestação jurisdicional não seja atropelada por construções teóricas que enfatizem em excesso a celeridade processual, seja porque não levam na devida conta os direitos contrapostos, seja porque não equacionam devidamente os problemas práticos que efetivamente

representam entraves à celeridade.

O direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais impõe que o juiz explicita as razões pelas quais entendeu em determinado sentido, cotejando todos os argumentos favoráveis e contrários postos pelas partes envolvidas, possuindo, sob a perspectiva objetiva, o efeito de impor como método de interpretação/aplicação do direito a necessidade de confronto de todos os argumentos postos em debates juntamente com o dever de manutenção de coerência entre as decisões.

O direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório engloba o direito à informação-reação, à adequada análise das razões/argumentos de fato e de direito apresentados (direito fundamental à fundamentação) e os direitos/deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio (garantia de influência e não surpresa), implicando, sob a perspectiva objetiva, uma cooperação para além dos sujeitos da relação processual, atingindo todos aqueles que possam de alguma forma contribuir para a obtenção da adequada tutela jurisdicional, vedando, assim, interpretações/aplicações restritivas dos textos normativos que prevêm obrigações processuais de terceiros bem como autorizando a construção de obrigações processuais de terceiros com referibilidade textual direta no próprio texto normativo constitucional do direito fundamental em discussão.

O direito fundamental à segurança jurídica corresponde à necessidade de previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas, que ganha especificação na garantia constitucional da coisa julgada material e no sistema de preclusões.

As *astreintes* são meio executivo destinado a conferir maior efetividade à tutela jurisdicional das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro (tutela específica). Vista sob essa perspectiva teleológica, pode-se assentar que o instituto está mais diretamente ligado à prestação da tutela jurisdicional do que ao direito material tutelado.

Essa ligação mais intensa com a função jurisdicional do Estado já era percebida nos institutos do direito intermédio que inspiraram a *astreinte*. O direito francês, contudo, representou um desvio de perspectiva, pois, ao derivar o instituto das perdas e danos reguladas no Código Civil francês, acabou por aproximá-lo indevidamente do direito material. A influência do direito francês no Brasil foi

marcante, principalmente em função da ausência de uma regulação mais exaustiva da multa cominatória no CPC de 1973, em sua redação originária. Uma série de reformas legislativas, muitas delas inspiradas na disciplina legal do processo coletivo, foram modificando o CPC para instituir um regime de tutela específica no qual foram destacados os poderes de atuação oficiosa do juiz, reconhecendo, em consequência, o adequado caráter público de medida processual destinada a resguardar os interesses da jurisdição da multa coercitiva.

Ao analisar as questões ligadas ao regime jurídico da multa coercitiva (natureza jurídica), chega-se à sua identificação como instituo coercitivo de direito público, inconfundível com a indenização por perdas e danos, dotado de caráter punitivo secundário.

Assentadas essas premissas, constata-se que as razões geralmente utilizadas para justificar a destinação do crédito da *astreinte* ao autor da ação em detrimento do Estado não procedem.

Analisando o direito comparado, é possível constatar que poucos países destinam o numerário decorrente da incidência da multa coercitiva ao autor, sendo o principal deles a França, enquanto a grande maioria, como a Alemanha, os Estados Unidos, a Espanha, o Uruguai, o Chile, a Colômbia e o Peru, destinam referido crédito ao Poder Público.

O art. 461, § 2º do CPC não deve ser interpretado como a determinar o direcionamento do valor da multa coercitiva ao autor, à semelhança do que ocorre com as perdas e danos, mas sim como um dispositivo legal destinado a evitar a confusão que durante muito tempo grassou, especialmente pela influência do direito francês, entre a *astreinte* e as perdas e danos.

O art. 35 do CPC não pode ser aplicado ao caso porque ele tem por pressuposto a ocorrência de um descumprimento doloso da obrigação, enquanto a multa coercitiva incide objetivamente, sem questionar acerca de aspectos subjetivos da conduta do devedor.

Há uma equivocada construção teórica quando se defende que o crédito da *astreinte* deve reverter ao autor em virtude de essa medida representar a que melhor atende à efetividade processual em termos de celeridade pois, além de fazer um corte parcial da realidade, carece da devida base empírica, pesando também o

fato de o crédito público estar submetido a um regime especial de execução destinado a ser mais eficaz do que aquele utilizado para a execução dos créditos privados.

Não parece também suficiente forte o argumento segundo o qual a destinação do crédito da multa ao autor facilitaria a possibilidade de composição com o réu, o que conspiraria a favor do cumprimento da obrigação, visto que parece ser mais plausível acreditar que o réu espere uma redução equitativa da multa pelo juízo, que pode fazê-lo oficiosamente.

A destinação do crédito da *astreinte* ao autor implica enriquecimento sem causa deste, haja vista que a lei já lhe resguarda a ampla reparação pelos danos advindos do inadimplemento e, independentemente do dano, pela mora no cumprimento da obrigação (juros de mora). Permitir a destinação do valor da multa ao autor corresponde, assim, a dar guarida a situação constitucionalmente vedada pelo postulo normativo da razoabilidade e pela função social da propriedade, bases constitucionais da vedação ao enriquecimento sem causa.

Avaliando a destinação do crédito da multa coercitiva ao autor e ao Estado à luz postulado normativo da proporcionalidade, somente esta medida se mostra proporcional. Isso porque, apesar de ambas se mostrarem medidas adequadas e necessárias, apenas a destinação do crédito ao Estado mostra-se proporcional em sentido estrito, pois leva a mais vantagens do que desvantagens em comparação com a destinação ao autor.

É possível também concluir pela destinação do crédito da *astreinte* para o Estado valendo-se da analogia. Nesse caso, o crédito da multa coercitiva prevista no CPC deve ser dirigido ao Estado à semelhança do que ocorre com o crédito da multa coercitiva prevista na legislação extravagante do processo civil coletivo (LACP, ECA e EI), seja porque, em ambos os casos, estamos diante do mesmo instituto em termos conceituais, seja porque os princípios que animam a confecção dos institutos de direito processual civil coletivo recomendam a aproximação com seus semelhantes do direito processual civil individual.

Tendo em conta a identificação do Estado como destinatário do crédito da multa coercitiva, para evitar a ocorrência de confusão e a ineficácia do instituto, urge reconhecer a impossibilidade de dirigir a multa coercitiva contra o próprio ente

público. Nesse caso, em observância à própria lógica do instituto, a multa deve ser dirigida diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da obrigação, conclusão essa que não se divorcia dos textos normativos existentes e do direito fundamental ao contraditório em sua perspectiva objetiva.

A jurisprudência do STJ vinha se debruçando sobre a questão do destinatário do crédito da *astreinte* de forma indireta, concluindo pela titularidade do autor sem maior aprofundamento. No REsp 1.006.473/PR, todavia, o STJ travou um debate mais profundo sobre o tema, tendo se sagrado vencedor o entendimento segundo o qual o crédito da multa coercitiva pertenceria ao autor. Para tanto, a maioria de dois Ministros, num universo de quatro participantes do julgamento, fundamentou que a multa seria a compensação pela mora nas obrigações diversas de pagar quantia. O equívoco do reconhecimento do autor como titular do crédito pelo STJ, que sequer chegou a contar com uma fundamentação homogênea, repousa no fato de não terem sido enfrentados os argumentos já expostos bem como de ter sido negligenciado que o Código Civil já prevê juros como compensação pela mora independentemente do tipo de obrigação, o que torna inviável reconhecer na multa coercitiva essa natureza.

A jurisprudência do STJ também nunca rechaçou a possibilidade de cominar a multa diretamente à pessoa jurídica de direito público, tendo se manifestado, em uma única oportunidade, pela possibilidade de cominação da multa diretamente contra agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial, o que, sem maiores razões, não chegou a ser desenvolvido em julgados posteriores, que se alinham no sentido de não poder o agente público ser atingido diretamente pela *astreinte*. Isso se deu, contudo, sem qualquer análise dos argumentos que, em conjunto, apontam no sentido de ser indevido o direcionamento da multa coercitiva para a pessoa jurídica de direito público e indicam, com amparo no direito fundamental ao contraditório em sua perspectiva objetiva, que apenas o agente público responsável pelo cumprimento da decisão pode ser o seu destinatário.

O valor da *astreinte* não está previamente sujeito a um teto, não lhe sendo aplicável o art. 412 do Código Civil, que trata do limite da cláusula penal. O valor inicial da multa coercitiva deve ser fixado em patamar consideravelmente alto, de modo que, ao final, no momento de fixação final do crédito, levando em conta a

capacidade de resistência do devedor, efetivamente comprovada, possa haver margem suficiente para a adequada redução do valor inicial, se for o caso.

No âmbito dos Juizados Especiais não há qualquer limitação para utilização da multa coercitiva, mas não pode nele ser executado o crédito que ultrapasse o valor de alçada legalmente estabelecido como limite para fins de competência.

Caso se reconheça o caráter público da multa coercitiva, com a respectiva titularidade do crédito pelo Estado, as partes não tem o poder de, mediante acordo prévio, limitar-lhe o valor. Caso se reconheça o caráter privado da multa coercitiva, com a respectiva titularidade do crédito pelo autor, as partes tem amplo poder de limitar-lhe previamente o valor e até mesmo excluí-lo. Não é coerente, de todo jeito, reconhecer no autor a titularidade do crédito da *astreinte* e impedi-lo de dispor previamente sobre o mesmo.

Reconhecido o Estado como titular do crédito da multa, a alteração do valor desta, que não implica ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, somente pode se dar de forma fundamentada, à luz de novos fatos, trazidos pelas partes e até então não levados ao conhecimento judicial, podendo retroagir exclusivamente para diminuir ou até mesmo suprimir o valor já incidido.

Ainda que o crédito da multa coercitiva deva reverter para o autor, ele pode ser retroativamente reduzido pelo juiz, mas nesse caso, em virtude do direito de crédito formado, apenas quando se verifique a quebra da boa-fé por parte do autor mediante a adoção de conduta que demonstre sua preferência pelo valor da multa no lugar da tutela específica da obrigação principal, hipótese em que não poderá haver a supressão integral do valor da multa.

A execução do crédito da multa coercitiva deve ser instaurada mediante provocação da parte legítima, que é do titular do crédito, o Estado, submetendo-se ao regime de cumprimento de sentença para as obrigações de pagar quantia certa, estabelecido no CPC e não ao regime da LEF.

Para ser possível a execução, o crédito da multa coercitiva tem que ser certo, líquido e exigível, estando a liquidez condicionada ao arbitramento do termo final de incidência pelo juiz, não sendo possível reconhecer a possibilidade de liquidação e execução parcial do crédito da multa.

Na defesa do executado na execução do crédito da *astreinte*, o art. 475-L, VI do CPC deve receber uma interpretação mais flexível, de modo a reconhecer a possibilidade de ser manejada impugnação alegando causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação com base em fatos anteriores à decisão de fixação da *astreinte*, desde que ainda não tenham sido submetidos ao conhecimento do juiz, o que, concomitantemente, não representa ofensa à coisa julgada e observa a segurança jurídica ínsita ao sistema de preclusões.

Considerando o caráter público-processual da multa coercitiva, com a respectiva titularidade do crédito pelo Estado, a revogação da decisão que a fixa por outro fruto de cognição mais profunda não torna inexigível o crédito que eventualmente tenha incidido, salvo a exceção constante do art. 12, § 2º da LACP, enquanto a reforma ou anulação da decisão que fixa a multa coercitiva torna inexigível o crédito que eventualmente tenha incidido. Caso seja reconhecido o caráter material da multa, com a respectiva titularidade do crédito pelo autor da demanda, a multa coercitiva não subsiste seja em face de decisão que reforma ou anule a decisão que a culminou, seja em face de decisão posterior do feito que, fruto de cognição mais profunda, reconheça a inexistência do direito material invocado.

A execução provisória do crédito da *astreinte* encontra fundamento no art. 475-O do CPC, devendo a norma do art. 12, § 2º da LACP, que representa uma limitação à regra geral da possibilidade de execução provisória, ter seus efeitos limitados às ações civis públicas.

Ao final da pesquisa, é possível constatar que, principalmente face à lacuna legal existente, importantes questões envolvendo a multa coercitiva, principalmente relacionadas ao crédito formado pela sua incidência, não estão sendo bem equacionadas pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência, que não trabalham com o enfrentamento de todas as razões levantadas a favor e contra determinada solução, de modo a aferir-lhes a correção.

Desse modo, espera-se que as contribuições ora lançadas possam servir para aperfeiçoar as discussões travadas em torno do crédito da multa coercitiva, levando a uma prática doutrinária e jurisprudencial cada vez mais consistente.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de e ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil: Leis nº 10.352, 10.358 e 10.044**. Rio de Janeiro: Impetus: 2004.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva - três questões ainda polêmicas. In MEDINA, José Miguel Garcia *et alii* (Coords). **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2008.
- ARRUDA, Samuel Miranda. Comentário ao art. 5º, LXXVIII. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luis (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Manual dos Recursos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- ATAIDE JR., Vicente de Paula. **A multa coercitiva como crédito do Estado**. Curitiba, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009b. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 06 de março de 2014, p. 4.
- _____. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.
_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 476719/RS**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 13/05/2003, DJ 09/06/2003, p. 318.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 8065/SP**, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/1991, DJ 23/09/1991, p. 13080

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 440686/RS**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 378.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1111562/RN**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 16/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1111562/RN**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 18/09/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 155174/SP**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 06/04/1998, p. 176.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 267446/SP**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 23/10/2000, p. 174.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 679048/RJ**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 204.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 770753/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 15/03/2007, p. 267.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1220394/RS**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 747371/DF**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 196946/SE**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe

16/05/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1006473/PR**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 947466/PR**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 791292 QO-RG**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, Dje-149, DIVULG 12-08-2010, PUBLIC 13-08-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1511 MC**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/1996, DJ 06-06-2003, PP-00029.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1158 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1994, DJ 26-05-1995, PP-15154.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AC 1657 MC**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2007, Dje-092, DIVULG 30-08-2007, PUBLIC 31-08-2007, DJ 31-08-2007, PP-00028.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 349703**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, Dje-104, DIVULG 04-06-2009, PUBLIC 05-06-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, Dje-172, DIVULG 11-09-2008, PUBLIC 12-09-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 791292 QO-RG**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, Dje-149, DIVULG 12-08-2010, PUBLIC 13-08-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 182458 AgR**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 04/03/1997, DJ 16-05-1997, PP-19960.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

_____. **O Poder Público em Juízo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi. **Constituição Federal Anotada**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de uma mapa semântico. In NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, v. 1.

_____. O direito à razoável duração do processo: entre eficiências e garantias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 223, pp. 39-53, set. 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, s.d., v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

CASORETTI, Simone Gomes Rodrigues. Comentário ao art. 944. In SCAVONE JR., Luiz Antonio *et alii* (Coords.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, v. 2, pp. 89-104, 1998.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. 4ª ed. Montevideo: B de F Ltda., 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 18ª ed. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 4.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Salvador: Juspodivm, 2009, v 5.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, v. 1.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo:

Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MACHADO BISNETO, Luiz. Repensando o instituto da multa pecuniária por descumprimento de ordem judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 215, pp. 429-435, jan. 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que Dogmática Jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Execução**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011, v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010a.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010b.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo.

Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e STRECK, Lenio Luis. Comentário ao art. 93. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luis (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas limitações: Breves reflexões. *In* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília, Brasília Jurídica, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 23ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estado do Direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Código de Processo Civil Comentado. 13ª ed. São Paulo: RT, 2013.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. *In* DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. *In* BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional**. São Paulo: RT, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. *Atreintes*: aspectos polêmicos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 222, pp. 65-89, ago. 2013.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Comentário ao art. 407. *In* SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SANCHIS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

SICCA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao art. 5º, *caput*: segurança. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luis (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

STRECK, Lênio Luis. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Hermenêutica e princípios de interpretação constitucional. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luis (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88. (Des)estruturando a Justiça. Comentários Completos à Emenda Constitucional n. 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2.

_____. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. Aproximaciones a la Seguridad Jurídica. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**, Madrid, v. 6, pp. 495-516, fev. 1998.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Efetividade da execução por meio de multa – A problemática em relação a pessoa jurídica**. Curitiba, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de execução, arts. 566 a 645**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.

ANEXOS

ANEXO A – Inteiro teor do acórdão prolatado no REsp 1.006.473/PR

RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MARCO BUZZI
RECORRENTE : ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : IVONE PAVATO BATISTA
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, 'A' E 'C', DA CF) - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - *ASTREINTES* FIXADAS A BEM DOS DEVEDORES EM AÇÃO MONITÓRIA, PARA FORÇAR A CREDORA À EXCLUSÃO DE INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

ACÓRDÃO LOCAL EXTINGUINDO A EXECUÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE PERTENCER À UNIÃO O MONTANTE RESULTANTE DA INCIDÊNCIA DA MULTA DIÁRIA, ANTE O DESPRESTÍGIO PROVOCADO AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO À ORDEM JUDICIAL.

INSURGÊNCIA DOS EXEQUENTES.

1. Discussão voltada a definir o sujeito a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado diante da incidência da multa diária: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das *astreintes*.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto.

A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas *astreintes*, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, *caput*, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4 e 5º do CPC, justo que as normas hoje

vigentes apenas conferem a possibilidade de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extrai-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada.

2. Considerações acerca da tutela material específica da mora: o ordenamento jurídico brasileiro, desde o regramento inaugurado no Código Civil de 1916, no que foi substancialmente seguido pelo texto do Diploma Civil de 2002, somente contempla disciplina genérica e eficaz quando se cuida da repreensão da mora verificada no cumprimento de obrigações ao pagamento de quantia certa. Para estas, além da natural faculdade de as partes, no âmbito da autonomia da vontade, estabelecerem penalidades convencionais (multa moratória), o ordenamento material civil fixou sanções legais pré-determinadas, com a potencialidade de incidir até mesmo sem pedido do credor para a hipótese de retardamento injustificado (juros moratórios).

Vislumbra-se, portanto, no sistema pertinente às obrigações de pagar, normas jurídicas perfeitas, com preceitos primário e secundário, haja vista restar estabelecido um mandamento claro direcionado ao devedor, no sentido de que deve efetuar o adimplemento no prazo, sob pena da incidência de uma sanção material em caso de persistência no estado de mora.

Idêntica tutela mostrava-se inexistente no tocante às obrigações de fazer e não fazer, pois, para elas, o sistema legal apenas permitia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixando de contemplar instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora.

Justamente para conferir eficácia aos preceitos de direito obrigacional, que determinam ao devedor o cumprimento da obrigação, o legislador contemplou nova redação ao art. 461 do CPC.

No dispositivo mencionado, aglutinaram-se medidas suficientes a servir como tutela material da mora (multa pecuniária), além de outras, nitidamente de cunho processual, que buscam servir e garantir o pronto adimplemento da obrigação (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, cessação de atividades etc).

Nesse contexto, a tutela material da mora pertinente às

obrigações de fazer e não fazer, tímida e insipidamente tratada no Código Civil, ganha força e autoridade a partir da disciplina fixada no Código de Processo Civil, dada a possibilidade de o magistrado agir, inclusive *ex officio*, cominando uma multa, uma sanção, para a hipótese de o devedor manter-se injustificadamente no estado de letargia.

3. Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC: entendida a razão histórica e o motivo de ser das *astreintes* perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: **a)** ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; **b)** coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; **c)** servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória).

Assim, vislumbrada uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade.

Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de mora *debitoris*, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de *ultima ratio*, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

4. Enfrentamento do caso concreto: reforma do aresto estadual, no que extinguiu a demanda de execução, determinando-se a retomada da marcha processual.

Redução, todavia, da multa diária, fixada no curso da fase de conhecimento de ação monitória, para forçar a própria credora, autora da ação, a proceder à retirada do nome dos devedores perante os cadastros de proteção ao crédito.

Manifesto descabimento do arbitramento da multa a benefício dos réus da ação, justo que os instrumentos de tutela específica do art. 461 do CPC servem para satisfação do

direito material reclamado na lide, pressupondo que o respectivo beneficiário ocupe posição de demandante, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto. Ponto imutável da decisão, entretanto, frente à inexistência de impugnação oportuna pela parte prejudicada.

Circunstâncias que, examinadas sob os aspectos processual e sobretudo material da multa pecuniária, recomendam substancial diminuição do valor reclamado na execução de sentença.

Providência cabível, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, à luz do disposto no art. 461, §6º, do CPC. Precedentes da Corte.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, prossequindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando parcial provimento ao recurso especial, mas com fundamentação diversa, divergindo em parte do relator, e o voto do Ministro Raul Araujo, acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, para reduzir a multa, sem a partilha proposta, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi. Vencido, em parte, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão. Lavrará o acórdão o Ministro Marco Buzzi. Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 08 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO MARCO BUZZI
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

RECORRENTE : ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : IVONE PAVATO BATISTA
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Caixa Econômica Federal - CEF opôs embargos à execução ajuizada por Arlindo da Silva e Anadir Mainardes da Silva. No processo executório, os ora recorrentes visavam satisfação de crédito oriundo de multa cominatória periódica - *astreintes* -, aplicada por ocasião da sentença de improcedência de ação monitória anteriormente ajuizada pela CEF, onde também ordenara a retirada dos nomes dos exequentes dos cadastros restritivos de crédito.

O Juízo Federal da 5ª Vara de Curitiba/PR, na ação monitória que visava ao recebimento de R\$ 289,22 (duzentos e oitenta e nove reais e vinte e dois centavos), julgou improcedente o pedido deduzido pela CEF, reconhecendo o anterior pagamento realizado pelos réus, determinando à autora (CEF) que "no prazo de 10 (dez) dias, retir[asse] o nome dos embargantes dos cadastros restritivos de crédito (SPC, SERASA, etc.), no que se refere aos débitos da conta n.º 0375.001.25788-3, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso no cumprimento deste comando judicial" (fls. 16-18).

Na execução das *astreintes*, cujo valor pretendido alcançava a cifra de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), o mesmo Juízo Federal acolheu os embargos à execução opostos pela CEF e extinguiu a execução por ilegitimidade ativa, sustentando o magistrado de piso que a titularidade para a execução da multa seria do Estado - no caso a União -, e não da parte beneficiada pela ordem judicial da qual era oriunda a cominação (fls. 71-89).

Em grau de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a extinção do feito nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ASTREINTES. LEGITIMIDADE ATIVA.

A multa prevista no art. 461 do CPC é destinada à União por constituir mecanismo coercitivo de garantia à prestação jurisdicional, desprovido de natureza indenizatória, o que se dá mediante a conversão em perdas e danos.

Sucumbência mantida, fixada na esteira dos precedentes da Turma.

Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.
Apelação improvida. (fl. 169)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 190-193).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual os recorrentes manifestam, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 21, 128, 459 e 461, parágrafos, todos do Código de Processo Civil.

Sustentam os recorrentes que a questão da legitimidade/titularidade do direito de executar a multa cominatória não foi levantada pelo devedor, não podendo o juiz decidir com base em matéria não suscitada pelas partes.

Alegam, ainda, que as *astreintes* são devidas à parte litigante e não ao Estado, devendo assim a execução prosseguir seu curso.

Contra-arrazoado (fls. 218-222), o especial foi admitido (fls. 225-226).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. ideia de efetividade processual defendida desde Chiovenda, para quem o processo - e, por consequência, o próprio Judiciário - somente realiza a função institucional que lhe toca se assegurar ao jurisdicionado "tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir", é preocupação ainda constante, sobretudo em uma sociedade de massa, como a que vivemos.

Decerto, a exatidão entre o direito material positivo e o bem jurídico entregue pelo processo é mais facilmente atingida quando a composição dos conflitos não depende (ou depende pouco) do devedor vencido, como ocorre nos casos em que a execução se realiza por expropriação patrimonial ou desapossamento.

Ao contrário, quanto mais a satisfação do direito perseguido pelo autor depender do comportamento do devedor, como o que ocorre essencialmente nas obrigações de não fazer e nas obrigações de fazer infungíveis, tanto mais penosa se mostrará a obtenção da fórmula pregada por Chiovenda.

Isso porque, para tal desiderato - o de compelir o devedor a realizar obrigação de fazer ou de não realizar determinado comportamento -, o sistema processual civil lança mão de medidas de apoio, de caráter meramente persuasório e instrumental, porquanto de há muito se abandonaram as penas corporais.

No Código de Processo de 1939, havia a previsão da chamada "ação cominatória para a prestação de fato ou abstenção de ato" (arts. 302-310), destinada a disciplinar um leque de pretensões, desde a do "fiador, para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança" à do "locador, para que o locatário consinta nas reparações urgentes de que necessite o prédio".

Aponta Dinamarco que era da tradição jurídico-processual brasileira a opção pela conversão pecuniária das obrigações *in natura*, consubstanciadas em um "fazer" ou em um "não fazer", prática aceita antes com "muita docilidade".

"Tal era um corriqueiro expediente de *meia-justiça*" - salienta Dinamarco - "que durante muito tempo satisfez o espírito dos juristas menos preocupados com a efetiva aptidão do sistema processual a proporcionar tutelas jurisdicionais completas e exaurientes" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447).

Porém, a força das tendências metodológicas modernas apontaram para a excepcionalidade da solução pecuniária, sempre que fosse possível a execução específica da obrigação de fazer/não fazer.

Nessa linha, de forma mais genérica e afinada com a exigência de efetividade da prestação jurisdicional, para cuja realização, como dito, o jurisdicionado deve receber exatamente aquilo a que tem direito, o Código Buzaid, primeiramente no art. 287, e mais recentemente diante da redação conferida ao art. 461, pela Lei n. 8.952/94, fez clara opção pela chamada "tutela específica", notadamente na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ficando em segundo plano a solução pecuniária.

Nesse passo, para consecução da "tutela específica", entendida essa como "a maior *coincidência* possível entre o *resultado* da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação", poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta (SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.463).

Dinamarco bem elucida o propósito do art. 461 do CPC, com a redação que

Ihe foi conferida pela Lei n. 8.952/94:

A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de *um fazer* ou de um *não-fazer* precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. Nada de impor meras compensações em dinheiro. (*Op. cit.* p. 451)

Nesse passo, a multa cominatória prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC **não** se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus.

Revela-se sim como valioso instrumento - acessório e adjuvante da tutela perseguida - para a consecução do único bem jurídico a que eventualmente tem direito o autor, isto é, exatamente aquele desejado pelo direito material, cuja violação ensejou a pretensão deduzida em juízo.

3. Não obstante a importância da multa cominatória para a realização da tutela específica pela qual optou o atual sistema processual, o tema não foi objeto de adequada disciplina legislativa, tendo sido sistematizado - quase que exclusivamente -, e ainda assim de forma empírica e tópica, pela jurisprudência e doutrina.

Como bem noticia Guilherme Rizzo Amaral, os arts. 287 e 461, §§ 2º a 6º, do Código de Processo Civil, não respondem, ao menos de forma clara e expressa, às seguintes indagações:

- qual é o termo *a quo* da incidência das *astreintes*?
 - quando pode a multa ser executada?
 - pode haver execução *provisória* da multa?
 - pode haver execução *parcial* da multa?
 - há limites em relação ao *quantum* que pode alcançar a incidência da multa?
 - quem é o destinatário do crédito resultante da incidência das *astreintes*?
 - somente o réu pode ser sujeito passivo da multa ou pode o autor ou terceiros sujeitarem-se, também, à sua incidência?
 - julgada improcedente a demanda, deve o autor restituir os valores recebidos a título de incidência da multa fixada em antecipação da tutela recursal? E na hipótese de reforma da própria decisão que fixou a multa?
 - pode a multa periódica ser aplicada para o cumprimento de obrigações de pagar quantia? (AMARAL. Guilherme Rizzo. *As astreintes e o novo Código de Processo Civil*. in. Revista de Processo. vol. 182, p. 181, Abril/2010).
-

A algumas dessas indagações, dispostas apenas a título de exemplos, a jurisprudência tem dado as respostas:

a) o termo inicial da contagem da multa é a intimação pessoal do devedor para cumprir a ordem, *ex vi* da Súmula n. 410/STJ: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de

obrigação de fazer ou não fazer";

b) quanto à possibilidade de execução da multa antes do trânsito em julgado, há precedente a permitir tal providência: "É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela" (AgRg no REsp 1094296/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 11/03/2011);

c) as *astrentes* sujeitam-se a exigibilidade *secundum eventum litis*, de modo que a reforma da decisão que a concedeu ou a prolação de sentença em sentido contrário torna sem efeito a multa aplicada (REsp 1016375/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 21/02/2011);

d) a decisão que fixa *astreintes* não faz coisa julgada material, de modo ser possível a revisão dos valores, assim também a limitação da multa, a qualquer momento, mesmo na execução (AgRg no Ag 1095408/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 24/08/2011);

e) a multa cominatória não pode ser aplicada para a obtenção de uma obrigação de pagar quantia (REsp 371004/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 06/04/2006, p. 254).

Porém, outras questões continuam em aberto, sem uma abordagem profunda, como é exatamente o caso da titularidade do crédito, à vista da omissão legal acerca do tema.

Para melhor compreensão da assertiva, transcreve-se a redação atual do art. 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Superior Tribunal de Justiça

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

É de se notar que os valores a serem ponderados pelo magistrado, por ocasião do arbitramento da multa, são essencialmente dois: **a)** efetividade da tutela prestada - para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas -, e **b)** vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa, como dito alhures, não é em si um bem jurídico perseguido em juízo.

Porém, mercê da lacunosa legislação acerca das *astreintes*, a jurisprudência, em não raras vezes, tem chegado a soluções que, em alguma medida, desvirtuam o propósito desse benfazejo instrumento processual.

É que na aplicação do direito na prática forense, ora sobressai o valor "efetividade da tutela judicial", ora sobressai a "vedação ao enriquecimento sem causa".

De modo a se obter o aperfeiçoamento do primeiro valor (efetividade) no caso concreto, por vezes o devedor recalcitrante é obrigado a pagar multa em patamar que supera em muito o interesse econômico principal perseguido em juízo. Por outro lado, para a adequação do segundo valor (vedação ao enriquecimento sem causa), frequentemente a multa é reduzida consideravelmente, muito embora na contramão da conduta inerte do devedor, que não cumpriu a decisão e ainda assim consegue suavizar a reprimenda que lhe foi outrora imposta.

Parece ser essa a dualidade para qual pendem as Turmas de Direito Privado do STJ.

A Quarta Turma, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costuma reduzir o valor das *astreintes* a patamares mais módicos do que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória.

Apenas a título de exemplo, cito os seguintes precedentes da Quarta Turma que demonstram a tendência do Colegiado a reduzir o valor das *astreintes* com a finalidade de evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes: AgRg no Ag 1133970/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 09/12/2010 AgRg no REsp 1138150/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL

GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011.

Também a título de exemplo, cito os seguintes precedentes da Terceira Turma que sugerem inclinação diversa daquele Colegiado: REsp 1185260/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 11/11/2010; REsp. 1.192.197/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, pendente de publicação.

Neste último precedente citado, acolheu-se a tese segundo a qual "se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as *astreintes* têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação". O entendimento deu lastro à manutenção de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 acumulada no decorrer de 249 dias de descumprimento, montante que acrescido dos consectários legais atingia cifra superior a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). A multa foi aplicada a contrapartida de descumprimento de ordem judicial consistente na exclusão do nome de consumidor de cadastros de inadimplentes (Informativo STJ n. 490).

Nesse cenário, é bem de ver que, por um lado, a exacerbação dos valores da multa cominatória - embora possa contribuir para a efetividade processual -, fomenta de modo evidente o nascimento de uma nova disfunção processual: sobretudo no direito privado, ombreando a chamada "indústria do dano moral", vislumbra-se com clareza uma nova "indústria das *astreintes*", por intermédio da qual a obrigação principal perseguida em juízo cede espaço, em obséquio ao montante pecuniário que poderá ser futuramente executado, tudo ao abrigo da inércia do devedor - que não cumpre a decisão e, amiúde, dela nem recorre - e da inércia também do credor - que permanece na silenciosa e confortável posição de espera, aguardando meses, quiçá anos, para que o montante atinja cifras mais atrativas.

Por outro lado, a consciência do devedor acerca da corriqueira redução da multa cominatória pelo Poder Judiciário, quase sempre na duodécima hora, impede a efetivação do propósito intimidatório das *astreintes*, pois não se cria no obrigado nenhum receio quanto a substanciais consequências patrimoniais decorrentes do não acatamento da decisão. Por esse viés, o realce da diretriz legal que veda o enriquecimento sem causa acaba também por erodir o traço coercitivo das *astreintes*, com grave comprometimento para a efetividade do processo.

Com efeito, a toda evidência, a prática forense acerca da fixação e execução das *astreintes* não tem oferecido soluções infensas a críticas.

Daí por que Guilherme Rizzo Amaral, na esteira das conclusões extraídas

de Eduardo Talamini e Marcelo Lima Guerra, afirma que o sistema atual, aceito pelas práticas forenses, sobretudo no que concerne à destinação da multa cominatória exclusivamente ao autor, "é incapaz de superar a contradição antes referida, entre os princípios da efetividade dos provimentos jurisdicionais e da proibição de enriquecimento ilícito", reconhecendo aquele processualista não haver fórmula perfeita "visto que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinados casos o enriquecimento injusto" (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 239-243).

4. Em razão disso, parece oportuno novas reflexões acerca desse importante instrumento de efetivação da tutela judicial, sobretudo no que diz respeito à titularidade do direito à percepção da multa cominatória, bem como sua natureza, os interesses a ela subjacentes e a sistemática adotada em direito comparado.

De fato, a previsão de multa cominatória imposta como meio persuasório de cumprimento de decisão judicial encontra paralelos em diversos ordenamentos jurídicos, com razoável identificação com a prática processual brasileira.

4.1. As **astreintes francesas**, com as quais a multa periódica brasileira (art. 461, § 4º, CPC) guarda similitude, nasceu como superação de dogmas insculpidos sobretudo pelo Código Napoleão (art. 1.142). Suavizou-se a ideia de que toda obrigação de fazer ou de não fazer resolver-se-ia em perdas e danos, uma vez que ninguém poderia ser obrigado a prestar fato pessoal, diretriz plasmada no aforismo *nemo ad factum cogi potest*, na linha da consciência social da época e do movimento político de libertação da pessoa humana das relações servis - que culminou na Revolução Francesa.

Exatamente para sanar a lacuna existente no direito francês, quanto à satisfação de obrigações de fazer/não fazer, é que as *astreintes* surgiram, no início do século XIX, como **criação pretoriana** de caráter coercitivo e independente de eventual indenização dos prejuízos decorrentes da inexecução da obrigação reconhecida judicialmente (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 110).

A disciplina legal no direito francês, todavia, somente veio a lume em 1972, e melhorada em 1991, com o acolhimento das construções jurisprudenciais desde antes praticadas. Reconheceu-se a típica função coercitiva das *astreintes*, mas, como noticiado por Marcelo Lima Guerra, "persistindo o devedor no inadimplemento, a *astreinte*, ao incidir concretamente, tem a natureza de uma **pena privada**, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é **entregue ao credor**" (*Op. cit.* p. 115).

Nessa linha, disserta Guerra:

A doutrina francesa reconhece como o "caráter patrimonial da *astreinte*" aquele importante aspecto do instituto segundo o qual a quantia arrecadada com a aplicação da medida *reverte em favor do próprio credor da obrigação reconhecida na condenação principal*, à garantia da qual se concede tal medida coercitiva. Essa sua característica reflete a natureza de *pena privada* da *astreinte* e representa um dos seus aspectos mais controvertidos e criticados.

É que, tendo a *astreinte* por fundamento último, como se reconhece pacificamente em doutrina e jurisprudência francesas, a preservação da autoridade das decisões judiciais, não parece coerente que a quantia a ser paga em virtude da aplicação da medida reverta em benefício do credor, o que parece ainda mais sem justificativa quando se considera que a *astreinte* é distinta da indenização dos prejuízos resultantes da inexecução, podendo cumular-se com eles.

"Sem negligenciar os interesses perfeitamente respeitáveis dos credores, não é um sacrilégio acrescentar que esse sistema é satisfatório apenas na aparência", afirma Perrot, referindo-se à opção do legislador pela natureza de pena privada conferida à *astreinte*. E acrescenta o mestre francês: "Além de que a equidade nem sempre encontra expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!" (GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.* pp. 122-123)

4.2. O **direito tedesco**, à sua vez, também utiliza-se de meios coercitivos para compelir o devedor a cumprir obrigações de fazer infungíveis, meios esses destinados, à semelhança das *astreintes* francesas, a exercer pressão psicológica sobre a vontade do obrigado induzindo-o a realizar por si a prestação devida.

No direito alemão, das medidas coercitivas destinadas à execução indireta, extraem-se com destaque a *Zwangshaft* (prisão do devedor) e a *Zwangsgeld* (pena pecuniária).

A *Zwangsgeld* se aproxima das *astreintes* francesas, na medida em que possui caráter eminentemente coercitiva, é arbitrada pelo magistrado à luz do caso concreto, perdura enquanto persistir o inadimplemento e independe da reparação dos danos concretamente experimentados pelo credor.

Distancia-se, porém, do instituto francês, à vista de que **possui um teto fixado em lei**, do qual não pode ultrapassar o montante resultante da incidência da multa e, principalmente, porque esse valor **é sempre destinado ao Estado e não ao credor**.

Este último característico revela que a *Zwangsgeld* ostenta caráter público e o interesse por ela protegido é o da dignidade da justiça e sua correta e efetiva administração (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2

ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 43-44).

4.3. Em alguma medida - mas, definitivamente, sem pretensão de equiparação dos institutos -, assemelha-se à *astreinte* francesa e à *Zwangsgeld* alemã, uma das vertentes do *contempt of court* do **direito anglo-americano**, o chamado *contempt of court indireto civil*.

Nessa linha, o reconhecimento do "escárnio à corte" pode render ensejo a multa de caráter coercitivo, consistente em quantia determinada a incidir cada vez que a parte viola a ordem judicial, ou por cada dia em que persistir o não cumprimento (GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.* p. 100).

Sobre o instituto anglo-americano, Guilherme Rizzo afirma que o *civil contempt* pode ser reparatório (*remedial*) - destinado a compor os danos causados ao autor -, e coercitivo (*coercive*), destinado a pressionar o réu renitente a cumprir a determinação judicial. Nesse último caso, além da prisão civil, a reprimenda pode consistir em multa diária (*per diem fine*), hipótese em que **o valor é revertido para o Estado** (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38).

4.4. Particular sistemática é verificada no **direito português**, que prevê a chamada "sanção pecuniária compensatória", **à razão de 50% para o Estado e 50% para o credor**.

O art. 829-A do Código Civil Português possui redação seguinte:

ARTIGO 829º-A (Sanção pecuniária compulsória)

1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.
2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.
3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.
4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.

A destinação parcial da multa ao Estado e ao credor denota a opção do legislador luso de reconhecer que a chamada "sanção pecuniária compensatória", a par

da natureza coercitiva, resguarda, a um só tempo, os interesses do credor na solução do litígio e os do Estado na preservação de sua autoridade (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 445)

5. O **direito brasileiro**, finalmente – e como manifestado alhures – optou por uma disciplina lacunosa acerca da multa cominatória para o caso de descumprimento de decisão judicial.

Os arts. 461 e 461-A e o obsoleto art. 287 - que de tão genérico caiu em desuso diante da previsão de concessão da tutela específica prevista nos preceitos legais anteriormente citados (SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, pp. 939-940) -, regulam a matéria no âmbito do código processual brasileiro.

Os mencionados artigos não desatam de forma clara e inequívoca muitas das principais polêmicas acerca das *astreintes*, como, por exemplo, no que interessa para o caso concreto, o titular do crédito.

É bem verdade, ainda que *en passant* e sem enfrentar a tese de maneira aprofundada, há precedente afirmando que a multa do art. 461 do CPC reverte para o credor e não para o Estado (REsp 770753/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 15/03/2007, p. 267).

É que, no mais das vezes, a controvérsia aporta nesta Corte com outros contornos, sobretudo focada no valor atingido pela aplicação da multa periódica, ou na possibilidade de redução, ou nas exigências para sua incidência.

A doutrina, por outro lado, majoritariamente adota posição de que as *astreintes* constituem crédito exclusivo do beneficiário da decisão.

Nesse sentido, apenas para citar alguns, é a posição de Cássio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 464), Guilherme Rizzo Amaral (*As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010), Marcelo Abelha Rodrigues (*Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008) e Joaquim Felipe Spadoni (*Ação inibitória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

No mais das vezes, observada sempre a devida vênia, mesmo a doutrina especializada aceita essa orientação sem grandes justificações.

Luiz Guilherme Marinoni conclui que as *astreintes* são devidas ao autor em razão da fórmula utilizada pelo art. 461, § 2º, cumulativa da multa e da indenização por perdas e danos (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178).

Superior Tribunal de Justiça

Em sentido diverso, Barbosa Moreira, ainda antes da reforma que alterou o art. 461 do CPC, teceu comentários aos arts. 644 e 645 do CPC - que sempre previram multa semelhante no processo de execução de obrigação de fazer/não fazer. Apenas de passagem o renomado processualista referendou a razoabilidade de destinação da multa ao Estado, *verbis*:

[...] por outro lado, já que ela [a multa] não tem caráter ressarcitório, mas visa a assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto da aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos (BARBOSA MOREIRA, J. C. *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 14)

Embora haja diversos trabalhos dedicados ao tema, o fato é que a destinação das *astreintes* simples e exclusivamente para o autor é fruto de hábito inveterado, aceito confortável e passivamente pela doutrina e jurisprudência, à sombra de claríssima omissão legislativa, ou, como adverte Marcelo Lima Guerra, é orientação “aceita de modo singelo e sem questionamento, **como se não existisse uma lacuna** do Código de Processo Civil sobre o assunto” (*Op. cit.* P. 205).

Eduardo Talamini supõe que tal orientação:

[...] tenha prevalecido por direta influência do direito francês e do 'Projeto Carnelutti' (arts. 667 e 668) de reforma do processo civil italiano [...]. Por certo, também contribuíram para tanto os antecedentes luso-brasileiros da multa – a 'pena' do título 70 do livro IV das Ordenações Filipinas e a 'cominação pecuniária' do art. 1.005 do Código de 1939, cuja natureza indenizatória ou coercitiva era controvertida (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 257).

Essa forma simplista de recepção de solução idêntica à francesa pelo direito brasileiro negligencia diversos fatores importantes, inclusive as críticas formuladas pela doutrina francesa quanto a esse aspecto de suas *astreintes*, que culminaram, inclusive, em disposição de lei apresentada por Foyer e Mazeaud, que determinava a repartição do produto obtido a título de multa "metade ao Tesouro Público e metade à parte que obteve a condenação não cumprida".

Por outro lado, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, lacunoso que é quanto ao tema, há no direito francês norma expressa de destinação do valor da *astreinte* ao particular.

5.1. Neste ponto, para a determinação quanto à titularidade das *astreintes*, afasta-se de logo a incidência do art. 35 do Código de Processo Civil, segundo o qual “as sacões impostas às partes em consequência de **má-fé** serão contadas como custas e

reverterão em benefício da parte contrária”.

Por ser autoexplicativa a expressão, é ocioso reforçar que as “sanções” por má-fé possuem claramente caráter punitivo, diferentemente da multa cominatória por descumprimento de decisão judicial.

A incidência das *astreintes* ocorre de forma objetiva, sem perquirições acerca do *animus* da parte para o não acatamento da decisão. Decorre do simples escoar do tempo, independentemente de má-fé. Incidem mesmo que o destinatário da decisão possua fortes e ponderáveis razões para acreditar que seu direito é melhor do que o do beneficiário da decisão.

É bem de ver que as *astreintes* ostentam exigibilidade *secundum eventum litis*, vale dizer, caso a decisão seja reformada com sentença de mérito contrária, por exemplo, a multa deixa de existir (REsp 1016375/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 21/02/2011).

Coisa bem diferente é o que ocorre com as multas por litigância de má-fé, as quais atingem autor ou réu, o vitorioso ou o vencido, quem tem ou quem não tem o direito discutido em juízo. Basta a verificação de conduta processual ímproba.

Nessa linha, transcrevo as lições de Sérgio Cruz Arenhart:

Há quem pretenda ver a sustentação legal, para concluir que a multa deve reverter em benefício do autor, o disposto no art. 35 do CPC, que estabelece que 'as sanções impostas às partes em consequência da má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado'. Esse entendimento, porém, não merece aceitação, especialmente porque a multa cominatória (tratada no art. 84, § 4º, do CDC, e no art. 461, § 4º, do CPC) não tem caráter punitivo direto como a sanção à litigância de má-fé (art. 18 do CPC), e sim coercitivo, visando apenas a ameaçar o requerido de um mal, para que este se comporte conforme determinado judicialmente. Na transgressão do comando judicial (mandamental ou executivo) não há litigância de má-fé, nos moldes trazidos pelo art. 17 do CPC; há ato de desobediência civil que merece ser punido pela via adequada, criminal, administrativa ou civil (*Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 375).

5.2. Nem se alegue, outrossim, que o próprio art. 461, § 2º, CPC, oferece a solução ao afirmar que “a indenização por perdas e danos”, cujo destinatário é a parte, “dar-se-á sem prejuízo da multa”, construção a sugerir ao leitor mais apressado que a cumulação terá também o mesmo destinatário.

Ora, a proposição apenas corrobora que a multa não possui natureza indenizatória e, por isso mesmo, sua aplicação pode ocorrer de forma cumulada com a indenização, nada revelando sobre o titular do direito.

5.3. Afastando-se a incidência dos dispositivos mencionados como forma analógica de justificação do destinatário das *astreintes*, não parece fecundo ao desate da controvérsia a tentativa de buscar extrair a titularidade do direito à multa pura e simplesmente de sua natureza jurídica.

Com efeito, a indagação sobre se as *astreintes* possuem natureza coercitiva ou punitiva não conduzem necessariamente a uma conclusão lógica acerca de sua titularidade.

Basta mencionar que o parágrafo único do art. 14 do CPC prevê multa por “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, de nítido caráter punitivo, tal como a multa prevista no art. 601, destinada a sancionar ato “atentatório à dignidade da justiça” (art. 600), mas cada uma das reprimendas possui beneficiários distintos: na primeira, “a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”, ao passo que, na segunda, o montante acrescido ao valor da execução “reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução”.

Por outro lado – e principalmente –, o estudo acerca da natureza jurídica das *astreintes* deve levar em conta, a um só tempo, o momento em que a multa é aplicada pelo magistrado e o momento em que esta se converte em crédito apto a ser exigido.

É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por desígnios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as *astreintes* se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente.

Coisa diversa ocorre quando a multa outrora aplicada converte-se em crédito, cujo montante deve ser pago pela parte renitente, depois de descumprida a ordem judicial, momento em que se levará em conta o tempo em que a decisão não foi acatada.

Em outras palavras, se na fixação das *astreintes* o magistrado tem em vista um tempo futuro - o qual se pretende não transcorra sem o cumprimento da decisão -, por ocasião da exigência das *astreintes*, depois de a multa ter incidido concretamente, tem-se em vista um tempo pretérito, já escoado *in albis*, sem que o obrigado tivesse acatado o comando que lhe fora dirigido ou que o tivesse acatado tardiamente.

Ou seja, se na fixação da multa pelo magistrado, com o olhar para o futuro, tem ela nítido caráter coercitivo, por ocasião do pagamento, com o olhar para o passado, depois de incidir em concreto e se converter em dívida da parte, o montante devido a

título de multa certamente não ostenta o mesmo traço intimidatório.

O tempo transcorrido justificador da incidência das *astreintes* concretamente é incompatível com a ideia de coercitividade, à qual subjaz inegavelmente um espírito prospectivo e não retrospectivo.

O fato é que o tempo passa e a decisão não é cumprida, circunstância a revelar, nesse momento, que o caráter intimidatório das *astreintes* não foi suficiente para persuadir o devedor a cumprir a decisão, remanescendo assim apenas uma dívida.

Com efeito, a linha de raciocínio que vislumbra nas *astreintes*, no seu nascedouro, caráter coercitivo, não consegue explicar a que título o devedor paga a multa aplicada, muito menos a que título o beneficiário a recebe, depois de a multa incidir concretamente e frustrar-se por completo sua pretensão persuasiva.

Portanto, para efeito de investigação quanto à titularidade para o recebimento das *astreintes*, afigura-se-me correto indagar não somente sobre a natureza jurídica da multa por ocasião de seu arbitramento pelo magistrado – que é coercitiva, decerto –, mas sobretudo sobre a natureza do crédito devido a título de multa, bem como quais os valores e interesses protegidos pela cobrança do montante a que chegou a reprimenda.

5.4. A prática forense, da forma em que se encontra, franqueando ao credor a titularidade exclusiva do crédito decorrente da multa imposta, exprime clara conclusão de que o montante é pago pela parte renitente a título de “pena privada” – somada a eventuais perdas e danos e a juros moratórios –, tal como ocorre em França.

Nessa linha de raciocínio, tal sistemática somente se justificaria se **a)** houvesse previsão legislativa expressa, como a existente no art. 601, CPC, o que não ocorre; ou **b)** se os interesses protegidos pela cominação da multa fossem exclusivamente privados.

Ademais, o sistema utilizado na prática brasileira, como antes mencionado, mostra-se demasiado insatisfatório, haja vista a impossibilidade de compatibilizar efetividade das decisões judiciais – a qual se alcança com a exacerbação da multa –, e a vedação ao enriquecimento sem causa – a qual se alcança com a aplicação de multas em patamares módicos, uma contradição em termos.

5.5. Por outro lado, também a adoção de um sistema tal como o alemão, destinando-se o montante da multa exclusivamente ao Estado, somente se justifica se **a)** houvesse previsão legislativa a tanto, como a existente no parágrafo único do art. 14 do CPC, o que também não ocorre; ou **b)** se os interesses protegidos pela cominação da multa fossem exclusivamente públicos.

Não fosse por isso, a destinação das *astreintes* exclusivamente ao Estado geraria outro problema de difícil solução, quando o próprio Estado fosse o descumpridor da decisão judicial, o que acontece com “razoável” frequência. Neste caso, o Estado seria, a um só tempo, devedor e credor do crédito, circunstância que esvaziaria toda utilidade do instituto.

Ademais, a eficácia intimidatória da multa estaria gravemente comprometida, na medida em que, como se sabe, o particular recupera seus créditos com muito mais agilidade que o Estado.

6. Penso, portanto, que se mostra imperiosa a adoção de um sistema, por via judicial é certo, que harmonize os diversos interesses legítimos em questão, levando-se em conta os valores protegidos pela aplicação da multa cominatória, assim também suas feições, tanto para fixação da multa pelo magistrado, quanto para a cobrança do montante alcançado.

6.1. Assim se procede, convém sublinhar, em razão da lacuna legislativa existente sobre o tema.

Tal como sustentava Pontes de Miranda, com a plasticidade que lhe era própria, “o legislador faz a lei. O direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos jurisferantes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio básico nos países civilizados” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 233-234).

Com efeito, a proposta que ora se encaminha, longe de constituir argumentação *de lege ferenda*, materializa os preceitos de sobredireito do *non liquet* e do acesso ao Poder Judiciário, o qual, a toda evidência, quer significar acesso a uma solução efetiva dos conflitos postos em juízo.

É a aplicação explícita da regra contida no artigo 126, CPC (RSTJ 4/1554).

Ademais, cumpre ressaltar que o desenvolvimento judicial do direito para a matéria ora em exame, além de se justificar em razão da lacuna legislativa, apoia-se no próprio art. 461, § 5º, norma aberta revelada pela expressão exemplificativa “tais como”, que autoriza o aplicador do direito a exercer sua motivada e regrada discricionariedade, com vistas a atingir a “tutela específica”, inclusive criando outras formas de medidas de apoio aptas a tanto.

Nesse sentido, é o lapidar magistério de Cândido Rangel Dinamarco acerca do § 5º do art. 461 do CPC:

Com vista a promover a efetiva realização dos direitos e conseqüente

plenitude da tutela jurisdicional executiva, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil contém uma abertura muito grande para as medidas a serem impostas sobre a vontade do obrigado ou sobre seu patrimônio (medidas de coerção ou de sub-rogação. Ele manda o juiz "determinar as medidas necessárias" e, sem ressalvas ou restrições, passa à enumeração puramente exemplificativa dessas medidas, dizendo " ... 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". Isso significa que, para obter o cumprimento do preceito contido em sentença mandamental, o juiz tem o poder de impor qualquer das medidas contidas na exemplificação e mais qualquer outra que as circunstâncias de cada caso concreto exijam e não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal. Essa é a função sistemática das *normas de encerramento* - permitir que o intérprete vá além da exemplificação, não se prendendo aos limites das tipificações contidas no texto legal. "Deve-se ter por admissível todo modo de atuação da lei e todo *meio executivo* que seja praticamente possível e não contrarie uma norma geral ou *especial de direito*" (Chiovenda). O limite das medidas a serem impostas é ditado pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não têm contornos fixos mas devem servir de guia para a atuação ao mesmo tempo enérgica e prudente do juiz; não chegar ao ponto de degradar o obrigado, humilhando-o com medidas incompatíveis com a dignidade humana, nem ceder a temores e preconceitos irracionais que são óbices ilegítimos à efetividade da tutela jurisdicional (como era o dogma da intangibilidade da vontade) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume IV*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 453).

O mencionado § 5º é claro exemplo da opção do nosso direito por determinada técnica legislativa contempladora de fórmulas abertas – princípios, cláusulas gerais ou, ainda, conceitos jurídicos indeterminados.

Mutatis mutandis, para Gustavo Tepedino, cláusulas gerais são normas que não prescrevem conduta certa, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem como ponto de referência interpretativo e oferecem ao hermeneuta critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas (*Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. In: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX).

6.2. Nessa linha, e na minha ótica, o sistema que mais se aproxima do ordenamento jurídico brasileiro é o português, o qual destina parte do montante da multa cominatória ao Estado e parte ao credor da obrigação principal, tendo em vista a natureza jurídica das *astreintes* e os interesses protegidos pela cominação.

Se bem analisado o instituto da multa cominatória previsto no art. 461, do CPC, percebem-se com clareza os interesses privados e públicos lá contemplados.

Não se pode negar haver interesse imediato do credor da obrigação principal de que esta seja prontamente cumprida pelo obrigado, mostrando-se a multa,

por essa ótica, um instrumento acessório e adjuvante da realização do direito material violado.

Essa ideia decorre da própria predileção do atual sistema jurídico pela concessão da "tutela específica", em detrimento da resolução em perdas e danos, circunstância que revela concentração de esforços no desiderato de entregar à parte exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, concentração de esforços com o propósito de satisfazer interesse genuinamente privado.

Não obstante, no particular relativo às *astreintes*, caso se tutelassem exclusivamente interesses privados, nada justificaria a possibilidade de o juiz poder de ofício aplicar a multa, ou alterar sua periodicidade (§ § 4º e 6º do art. 461 do CPC), à revelia da vontade do credor da obrigação principal.

Outro detalhe que revela a feição publicística das *astreintes* é sua aptidão para neutralizar até mesmo o direito público estatal à punição pelo crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, que possui como bem jurídico protegido "o prestígio e a dignidade da Administração Pública representada pelo funcionário que age em seu nome. É a defesa do princípio da autoridade, que não deve ser ofendido" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 3*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 351).

É que doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar inexistir tipicidade penal quando ocorre descumprimento de ordem judicial, na hipótese de para a mesma conduta existir previsão legal extrapenal de reprimenda pecuniária, como é o caso da multa cominatória.

Nesse sentido, dentre muitos outros, são os seguintes precedentes das Turmas de Direito Penal do STJ:

PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR MULTA DIÁRIA DE NATUREZA CIVIL (ASTREINTES). ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes).

Habeas corpus concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida.

(HC 22.721/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 271)

PENAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL

ASSEGURADA POR SANÇÃO DE NATUREZA CIVIL – ATIPICIDADE DA CONDOTA.

As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP.

Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência.

(HC 16.940/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2002, DJ 18/11/2002, p. 243)

Ou seja, se a multa cominatória pode fazer as vezes de sanção penal para efeito de não tipificação do crime de desobediência, e tendo a resposta penal para tal delito nítida natureza pública, não se pode também retirar esse caráter público das *astreintes*.

Assim, parece totalmente aplicável à sistemática ora proposta a justificativa do professor português João Calvão da Silva sobre a sistemática lusa acerca da chamada "sanção pecuniária compulsória":

Na verdade, se é certo que a sanção pecuniária compulsória é uma medida destinada a incentivar e pressionar o devedor a cumprir a obrigação a que se encontra vinculado, não é menos certo que visa também favorecer o respeito devido à justiça, aceitando-se, por isso, que o seu produto seja repartido entre o credor e o Estado. É que, se a obrigação a cumprir pelo devedor é de natureza privada, a partir do momento em que a sua existência é declarada e o seu cumprimento é imposto jurisdicionalmente sob a cominação de sanção pecuniária, passa a existir também uma injunção judicial cujo respeito se impõe, destinando-se a sanção compulsória a vencer ainda a resistência do devedor à sentença que declara a existência de uma obrigação e o condena no seu cumprimento (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 445).

Finalmente, é importante ressaltar, como já afirmado diversas vezes, a multa cominatória possui propósito de conferir efetividade à decisão judicial, para ao final entregar a quem de direito a "tutela específica". Mas é verdade também que a exigência de que haja efetividade processual e, por consequência, de que o Judiciário seja eficiente, funda-se na própria existência dos direitos, para cuja realização evidentemente exigem-se providências no sentido de se entregar ao jurisdicionado exatamente aquilo que o ordenamento jurídico lhe confere, de forma segura, econômica e expedita.

De nada adiantaria a previsão de uma pleora de direitos pelo ordenamento jurídico, se esse mesmo ordenamento não dispusesse de meios para garanti-los.

7. Com efeito - e retomando o curso do raciocínio anteriormente iniciado -, o

valor devido pela parte recalcitrante a título de *astrentes* deve reverter, em proporções iguais, ao Estado e à parte beneficiária da decisão que as fixou, à luz dos interesses envolvidos - que são públicos e privados - e à luz das feições que assume tal multa, devendo o magistrado "calibrar" o valor diante das circunstâncias do caso concreto.

Solução parecida foi preconizada pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, cujo texto prevê que a multa reverterá para o autor até o valor "da obrigação que é objeto da ação", devendo o restante ser destinado ao Estado.

De qualquer forma, para o arbitramento da multa, bem como para eventuais alterações quanto ao seu valor ou periodicidade, deve o magistrado sopesar a capacidade de resistência da parte em não cumprir a decisão, bem como o comportamento dos litigantes concretamente analisado, seja o do devedor recalcitrante, seja o do credor que, em não raras vezes, permanece silenciosamente em sua posição letárgica, demonstrando completo desinteresse pela "tutela específica".

8. Passo ao caso concreto.

Embora inovador e digno de respeito o entendimento sufragado pelo acórdão recorrido, mantendo bem lançada sentença no mesmo sentido, o recurso especial merece parcial provimento para aplicação da tese ora proposta, ou seja, para destinar o valor alcançado a título de *astreintes* em partes iguais para o Estado e para o recorrente.

Não sem antes, porém, redimensionar o montante devido pelo recorrido, nos termos do que dispõe o § 6º do art. 461 do CPC.

Verifico que a multa executada teve origem em sentença de improcedência de ação monitória ajuizada pela CEF, mediante a qual se buscava a cobrança de dívida de menos de R\$ 300,00. Ou seja, a CEF como autora da monitória, em razão da improcedência do pedido, de forma curiosa ainda saiu condenada a uma obrigação de fazer, sob pena de multa diária, cujo acúmulo diário, segundo o exequente (o réu na ação monitória), atingiu a cifra de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais).

Nitidamente, mostrava-se descabida a condenação do autor a obrigação de fazer em ação que não ostenta natureza dúplice (monitória).

Porém, à míngua de recurso da CEF, há título executivo a ser observado, não nos sendo dado simplesmente desconsiderá-lo.

É autorizado expressamente ao Julgador, no entanto, pela letra do art. 461, § 6º, CPC, redimensionar o montante para ajustá-lo à realidade observada nos autos.

Assim, afigura-se razoável a redução do montante devido a título de

Superior Tribunal de Justiça

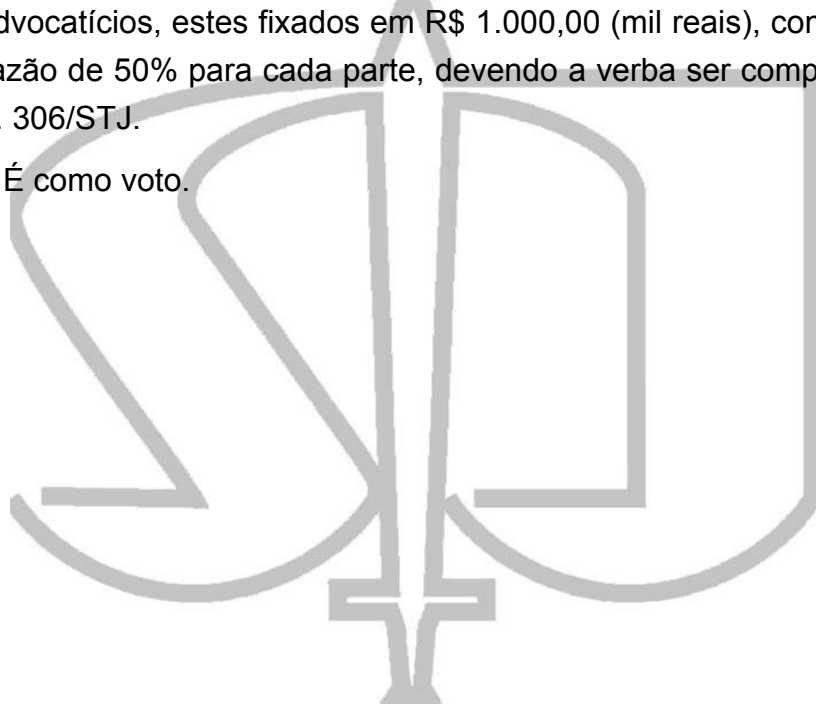
astreintes ao patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros e correção a partir desta data, sendo devido ao recorrente 50% e à União o restante, porquanto a ordem judicial descumprida emanou de Juízo Federal.

9. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para, ajustando o valor devido a título de multa cominatória, manter a extinção parcial da execução, franqueando ao ora recorrente legitimidade para executar 50% do montante de R\$ 5.000,00, cabendo à União o restante.

Oficie-se à Fazenda Nacional com cópia desta decisão.

Arcarão recorrente e recorrido igualmente com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no art. 20, § 4º, CPC, à razão de 50% para cada parte, devendo a verba ser compensada nos termos da Súmula n. 306/STJ.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2007/0270558-3 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.006.473 / PR**

Números Origem: 200270000271729 200470000140048

PAUTA: 28/02/2012

JULGADO: 28/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : IVONE PAVATO BATISTA
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cheque

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento ao recurso, PEDIU VISTA antecipada dos autos o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2007/0270558-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.006.473 / PR

Números Origem: 200270000271729 200470000140048

PAUTA: 28/02/2012

JULGADO: 20/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO**

ADVOGADO : **IVONE PAVATO BATISTA**

RECORRIDO : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**

ADVOGADO : **SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cheque

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2007/0270558-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.006.473 / PR

Números Origem: 200270000271729 200470000140048

PAUTA: 28/02/2012

JULGADO: 27/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO**

ADVOGADO : **IVONE PAVATO BATISTA**

RECORRIDO : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**

ADVOGADO : **SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cheque

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2007/0270558-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.006.473 / PR

Números Origem: 200270000271729 200470000140048

PAUTA: 03/05/2012

JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO

ADVOGADO : IVONE PAVATO BATISTA

RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADVOGADO : SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cheque

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Marco Buzzi.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: O excelente voto do Ministro Relator faz exauriente e oportuno estudo da doutrina e da jurisprudência pátria acerca da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC, abordando o tratamento dado à matéria também no direito comparado.

Compartilho de seu entendimento a propósito da natureza coercitiva (quando fixada) e punitiva (quando de sua execução) da multa, e da necessidade de definição, pelo STJ, à falta de disposição expressa do legislador, da delicada questão referente à titularidade de tal multa, vale dizer, a quem se destina o valor executado a tal título.

Após meditar sobre a questão, peço vênias, todavia, para aderir à divergência, iniciada pelo Ministro Marco Buzzi, no sentido de que, no sistema jurídico em vigor, o valor apurado a título de multa cominatória pertence ao prejudicado pelo retardamento injustificado no cumprimento da ordem judicial.

Penso ser inequívoca a lacuna apontada pelo primoroso voto do Ministro Luís Felipe Salomão. Concordo, também, que há interesse estatal no cumprimento tempestivo das decisões judiciais, de forma que, de *lege ferenda*, revela-se pertinente a atribuição ao Estado de parte do valor executado a título de multa cominatória, a exemplo do que ocorre no direito português e também do projeto do novo Código de Processo Civil.

Ocorre que, à falta de lei expressa, esta lacuna deve preferencialmente ser suprida com base em princípios que emanam de nosso próprio ordenamento jurídico em vigor.

Neste ponto, observo que, no sistema do CPC, a multa destinada ao Estado é a prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC, cominada em caso de ato atentatório ao exercício da jurisdição, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

No caso de execução de sentença condenatória ao pagamento de obrigação pecuniária, não realizado o cumprimento espontâneo pelo devedor no prazo de 15 dias, o CPC prevê, em benefício do exequente, a multa do art. 475J.

O art. 740 do CPC estabelece multa em favor do embargado, quando os embargos do devedor forem manifestamente protelatórios. De igual forma, o art. 746 § 3º do mesmo Código prevê multa em prol de quem desistiu da adjudicação,

em razão de embargos à adjudicação manifestamente protelatórios.

Para o retardamento da satisfação do credor, em processo de execução, devido à prática dos atos descritos no art. 600, do CPC, o art. 601 comina multa em favor do devedor.

Igualmente, a postergação injustificada do trânsito em julgado justifica a previsão legislativa de multa em favor do recorrido (embargado/agravado), como se verifica dos arts. 538 (embargos de declaração) e 557 (agravo regimental).

No mesmo sentido, está prevista a reversão do depósito em favor do réu, a título de multa, quando a ação rescisória é julgada inadmissível ou improcedente por unanimidade de votos (CPC, art. 494).

Embora recursos e rescisórias infundados sejam altamente prejudiciais ao andamento dos serviços judiciários, o legislador houve por bem prever as mencionadas multas apenas em favor da parte que viu a solução final da causa postergada, tendo que se defender em incidentes manifestamente inadmissíveis, protelatórios.

A multa cominatória prevista no art. 461 é estipulada em benefício direto do prejudicado pela demora no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, sem prejuízo de ressarcimento por prejuízos sofridos pelo credor.

Penso, portanto, data vênia, não obstante o brilho do voto do Relator, que o sistema processual em vigor conduz à conclusão de que o valor executado deve destinar-se ao credor, sem prejuízo da adequação de seu valor pelo órgão judicial, mesmo de ofício, e a qualquer tempo, a fim de evitar enriquecimento ilícito.

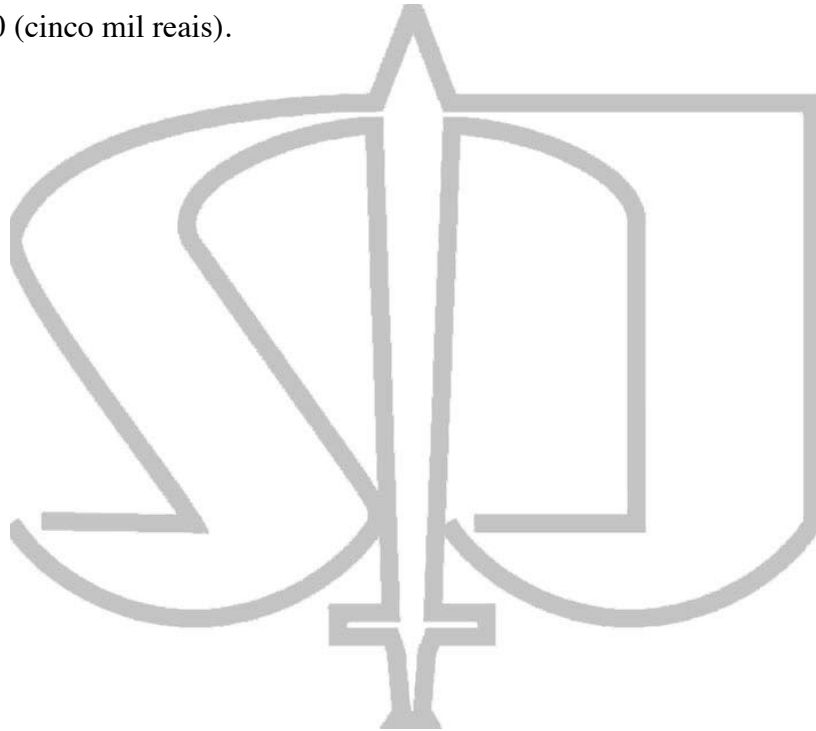
No caso, a redução do valor da multa é unânime.

Acompanho, com a devida vênia, a divergência iniciada pelo Ministro Buzzi, quanto à titularidade do valor da multa em execução .

RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Marco Buzzi, dando parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a execução de sentença, diminuindo, contudo, o valor final ao patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).



RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, 'A' E 'C', DA CF) - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - *ASTREINTES* FIXADAS A BEM DOS DEVEDORES EM AÇÃO MONITÓRIA, PARA FORÇAR A CREDORA À EXCLUSÃO DE INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

ACÓRDÃO LOCAL EXTINGUINDO A EXECUÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE PERTENCER À UNIÃO O MONTANTE RESULTANTE DA INCIDÊNCIA DA MULTA DIÁRIA, ANTE O DESPRESTÍGIO PROVOCADO AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO À ORDEM JUDICIAL.

INSURGÊNCIA DOS EXEQUENTES.

1. Discussão voltada a definir o sujeito a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado diante da incidência da multa diária: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das *astreintes*.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto.

A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas *astreintes*, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, *caput*, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4 e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da

obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extrai-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada.

2. Considerações acerca da tutela material específica da mora: o ordenamento jurídico brasileiro, desde o regramento inaugurado no Código Civil de 1916, no que foi substancialmente seguido pelo texto do Diploma Civil de 2002, somente contempla disciplina genérica e eficaz quando se cuida da repreensão da mora verificada no cumprimento de obrigações ao pagamento de quantia certa. Para estas, além da natural faculdade de as partes, no âmbito da autonomia da vontade, estabelecerem penalidades convencionais (multa moratória), o ordenamento material civil fixou sanções legais pré-determinadas, com a potencialidade de incidir até mesmo sem pedido do credor para a hipótese de retardamento injustificado (juros moratórios).

Vislumbra-se, portanto, no sistema pertinente às obrigações de pagar, normas jurídicas perfeitas, com preceitos primário e secundário, haja vista restar estabelecido um mandamento claro direcionado ao devedor, no sentido de que deve efetuar o adimplemento no prazo, sob pena da incidência de uma sanção material em caso de persistência no estado de mora.

Idêntica tutela mostrava-se inexistente no tocante às obrigações de fazer e não fazer, pois, para elas, o sistema legal apenas permitia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixando de contemplar instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora.

Justamente para conferir eficácia aos preceitos de direito obrigacional, que determinam ao devedor o cumprimento da obrigação, o legislador contemplou nova redação ao art. 461 do CPC.

No dispositivo mencionado, aglutinaram-se medidas suficientes a servir como tutela material da mora (multa pecuniária), além de outras, nitidamente de cunho processual, que buscam servir e garantir o pronto adimplemento da obrigação (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, cessação de atividades etc).

Nesse contexto, a tutela material da mora pertinente às obrigações de fazer e não fazer, tímida e insipidamente tratada no Código Civil, ganha força e autoridade a partir da disciplina fixada no Código de Processo Civil, dada a possibilidade de o magistrado agir, inclusive *ex officio*, cominando uma multa,

uma sanção, para a hipótese de o devedor manter-se injustificadamente no estado de letargia.

3. Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC: entendida a razão histórica e o motivo de ser das *astreintes* perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: **a)** ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; **b)** coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; **c)** servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória).

Assim, vislumbrada uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade.

Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de mora *debetoris*, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de *ultima ratio*, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

4. Enfrentamento do caso concreto: reforma do aresto estadual, no que extinguiu a demanda de execução, determinando-se a retomada da marcha processual.

Redução, todavia, da multa diária, fixada no curso da fase de conhecimento de ação monitória, para forçar a própria credora, autora da ação, a proceder à retirada do nome dos devedores perante os cadastros de proteção ao crédito.

Manifesto descabimento do arbitramento da multa a benefício dos réus da ação, justo que os instrumentos de tutela específica do art. 461 do CPC servem para satisfação do direito material reclamado na lide, pressupondo que o respectivo beneficiário ocupe posição de demandante, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto. Ponto imutável da decisão, entretanto, frente à inexistência de

impugnação oportuna pela parte prejudicada.

Circunstâncias que, examinadas sob os aspectos processual e sobretudo material da multa pecuniária, recomendam substancial diminuição do valor reclamado na execução de sentença.

Providência cabível, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, à luz do disposto no art. 461, §6º, do CPC. Precedentes da Corte.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte.

VOTO-VISTA VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

1. Afasta-se, de pronto, a tese de afronta aos arts. 128 e 459 do CPC.

Perfeitamente cabível à autoridade judiciária de primeiro grau, ou mesmo ao Tribunal de apelação, a este por força do efeito translativo dos recursos (art. 267, §3º, do CPC), conhecer e deliberar sobre matérias de ordem pública, notadamente aquelas pertinentes aos pressupostos processuais e condições da ação.

Assim, não viola os princípios da congruência e da inércia da jurisdição, a deliberação judicial que proclama a ilegitimidade ativa *ad causam*, mesmo quando assim o faz sem prévia iniciativa das partes, justo que prevista autorização legal para tal procedimento.

Portanto, independentemente do acerto ou desacerto do acórdão hostilizado quanto ao tema da ilegitimidade, nele não se vislumbra máculas ao confirmar a atuação do togado de primeiro grau *ex officio*, pelo que improspera o recurso especial no particular.

2. De outro lado, de rigor a anulação do acórdão de segundo grau no que tange à extinção do processo de execução, visto que não pertence ao Estado o produto de multa pecuniária fixada com base no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.

No ponto, o eminente relator originário, Min. Luis Felipe Salomão trouxe à apreciação da Turma outro aspecto acerca do tema envolvendo a titularidade do valor reclamado na presente execução.

Com efeito, na sessão realizada na data de 28.02.2012, o relator originário votou no sentido de prover em parte o recurso especial, de modo a, *"ajustando o valor devido a título de multa cominatória, manter a extinção parcial da execução, franqueando ao ora recorrente legitimidade para executar 50% do montante de R\$ 5.000,00, cabendo à União o restante"*.

No fito de justificar referido entendimento, ponderou Sua Excelência que

o texto positivado no art. 461, § 4º, do CPC, apresenta lacuna, pois não indica quem é o efetivo credor da multa diária, fixada em juízo como medida de apoio ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar quantia.

Além disso, noticiou a constante problemática verificada nos casos de imposição das *astreintes*, pois o valor delas não pode servir de enriquecimento sem causa do autor, mas, por outro lado, devem proporcionar a efetividade processual, e, ainda, manter um caráter coativo em detrimento da parte renitente ao cumprimento de ordens judiciais.

Assim, a par dessas duas questões, entendeu o Min. Luis Felipe Salomão, recorrendo ao exame do direito comparado, que a melhor solução dar-se-ia mediante a adoção do sistema português, com a divisão do produto financeiro decorrente da aplicação da multa, destinando-se metade ao próprio demandante e o remanescente ao Estado, já que, dessa maneira, resguardar-se-ia o interesse deste quanto ao cumprimento dos comandos forenses.

3. Todavia, não se vislumbra lacunas na legislação brasileira, pois, sem embargo das ponderosas razões suscitadas no voto do eminente relator originário, tem-se que ela define sim o titular do crédito derivado da aplicação de multa diária fixada para compelir o réu ao cumprimento de obrigação de fazer, sobretudo frente à função material que referida penalidade cumpre a benefício do credor da obrigação de fazer.

Inicia-se esta exposição lembrando que o Supremo Tribunal Federal, Corte que detém precedentes na esteira de que a competência dos Tribunais Superiores somente deriva da própria Constituição Federal, ao enfrentar um caso paradigmático, atribuiu a este Superior Tribunal de Justiça a incumbência de examinar reclamações direcionadas contra acórdãos das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, em precedente que decorria justamente de crédito milionário fixado a título de multa diária por descumprimento de ordem judicial.

Somente este fato já denota que algo preocupante vem ocorrendo no âmbito do Poder Judiciário quanto à aplicação das *astreintes*.

Com efeito, o quadro atual verificado em torno de tal instituto desafia o operador do direito a indagar qual a sua natureza jurídica, quais os seus efeitos e funções, havendo manifesta insegurança jurídica quando se cuida de aplicar ou executar o valor resultante dessa singular medida prevista no CPC.

Os dispositivos do CPC, sobre o tema, são de texto largo, não regulando

exaustivamente o instituto.

Não por acaso, o eminente relator originário levanta um quadro de diversas indagações/problemáticas derivadas da aplicação da multa diária, notadamente sobre: a) termo inicial de incidência da multa diária; b) a partir de qual momento pode ela ser executada; c) cabimento de sua execução provisória e/ou parcial; d) existência de eventual limitação do valor a ser alcançado mediante aplicação das astreintes; **e) a quem se destina o montante resultante de incidência da multa.**

A doutrina, no que vem sendo seguida sem quaisquer contestações pela jurisprudência, afirma que a referida multa diária possui função processual. Defende-se, por conseguinte, que ela deve ser fixada em montante suficiente a estimular o réu ao cumprimento da ordem judicial, de modo, inclusive, a evitar eventual desprestígio do Estado face eventual inobservância do respectivo preceito.

Prudente, aqui, fazer uma pequena observação, a ser explorada mais à frente: a doutrina e jurisprudência, ao que parece, colocam o interesse do Estado em primeiro plano no que tange à incidência da multa, olvidando que esta sanção tem atuação vinculada a uma ação de cunho individual e que a função prática do instituto é outra, justamente de resguardar os interesses do autor, prejudicado pela mora no cumprimento de uma obrigação.

Nesse *iter*, observação importante é a de que o regramento legal da multa, em momento algum, vincula-a ou determina seja ela aplicada tendo em conta suposta garantia do prestígio Estatal. Há simples menção da possibilidade de sua estipulação pelo magistrado, em dispositivo que trata da tutela de obrigações, e não exclusivamente de decisões judiciais.

4. A primeira linha de interpretação, na esteira de atribuir a multa integralmente ou parcialmente ao Estado, redundaria em uma manifesta inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da legalidade em sentido estrito.

De fato, cuidando-se de um regime jurídico público sancionatório, a legislação correspondente deve necessária e impreterivelmente conter limites à atuação jurisdicional a partir da qual se aplicará essa sanção.

É dizer, qualquer dispositivo legal, que estabeleça uma pena, uma multa, contra um particular tendo o Estado como seu destinatário, não prescinde tanto da sua previsão, fixação, quanto estabelecimento de parâmetros, de limites, máximo e, facultativamente, mínimo para sua incidência e operatividade.

Bem por isso, é que todas as medidas punitivas do CPC prevêem gradação máxima, relacionando-a sempre a um percentual sobre o valor da causa, se não a outro parâmetro, não podendo ficar sua aplicação à margem de total discricionariedade da autoridade administrativa ou judiciária.

A única multa que o ordenamento processual estabelece a bem do Estado está no art. 14, parágrafo único, do CPC. Mas nesse caso o faz expressamente e fornece limites para sua aplicabilidade, justamente porque qualquer penalidade no direito brasileiro que beneficie o Ente Federativo deve estar taxativamente prevista.

Ademais, o fato que possibilita a aplicação dessa multa prevista no art. 14 do CPC é justamente derivado de eventual inobservância dos deveres e ordens judiciais.

Por um raciocínio simples, portanto, se verifica que o descumprimento de ordens do juízo deve ser sancionado pelo instituto do art. 14, que contém limite máximo, e não pela multa do art. 461 do CPC, cuja finalidade é a de beneficiar o autor, como uma compensação pela mora do réu no adimplemento de uma obrigação, além de servir de modo coercitivo ao devedor.

No caso da multa cominatória, justamente por não deter ela finalidade preponderante de cunho estatal, mas sim privado, a redação do texto é aberta e permite larga atuação do magistrado, já que, nessa hipótese, o beneficiário do valor da multa coercitiva será o credor da obrigação judicializada - ao menos um sujeito que não seja verdadeiro *tercius* na relação instrumental primitiva, já formada.

Se, ao revés, vale insistir, fosse o Estado, a lei deveria estabelecer parâmetros mínimos e máximos de sua aplicação, isso sem olvidar a necessidade da prévia existência de norma legal estabelecendo o crédito/obrigação em favor dos cofres públicos, contra a parte inadimplente de decisão judicial.

A situação se agrava frente à partilha proposta.

Deveras, falta amparo jurídico à criação de uma “partilha” sobre o produto da medida coercitiva, porque, salvo melhor juízo, não existe qualquer previsão legal no ordenamento brasileiro nesse sentido.

Se o intérprete, a partir de uma lacuna percebida na previsão de medida coercitiva, como a multa, extrai desse suposto vácuo normativo dois credores, queda assim então evidente que pelo menos em relação a um deles estar-se-á criando uma nova obrigação, até então inédita.

5. Retomando a análise do raciocínio atualmente adotado na doutrina e nos nossos Tribunais, tem-se que a multa serve para auxiliar na efetivação da tutela jurisdicional e garantir a autoridade do juiz e do Estado, no que tange ao cumprimento de suas ordens jurisdicionais.

Em função dessa linha de pensamento, em regra, a multa ao início do processo é sim fixada em um montante elevado, sempre sob o pretexto de que o réu deve ser coagido de modo a que para ele reste mais vantajoso submeter-se à ordem do Estado, do que permanecer inadimplente.

Todavia, no mais das vezes, no momento de execução dessa sanção, a jurisprudência titubeia, volta atrás e, verificando o montante excessivo que deriva dessa primeira investida garantista da ordem e do Estado, invariavelmente acabam nossas Cortes por reduzir, até mesmo após o trânsito em julgado de uma sentença, o valor da multa nela fixado, tudo sob a premissa de que se deve evitar, agora, o enriquecimento sem causa do autor.

Especificamente para possibilitar a interferência na multa diária arbitrada em sentença transitada em julgado, teve a jurisprudência de proceder a uma interpretação amplíssima do art. 461, § 6º, do CPC, extraindo-se dele uma verdadeira válvula de escape passível de corrigir flagrantes injustiças.

Assim, embora a leitura do texto frio do mencionado dispositivo conduza a intelecção de que a multa pode ser revista somente prospectivamente, tal como ocorre com a revisão de alimentos e com a revisão contratual, passou-se a compreender que o teor do preceptivo permite um novo dimensionamento *ex tunc* da multa diária, esta que em tese vinha incidindo de acordo com sentença dotada do atributo da coisa julgada material.

De qualquer sorte, admitida que é a revisão *ex tunc* do valor da multa, tem-se que, ao menos um dos fatores levados em consideração, ao advento da decisão definitiva, na tarefa de sustentar a providencia e efetuar a redução do quantum, decorre direta ou indiretamente do montante da obrigação principal perseguida em juízo pelo demandante.

Ou seja, nesse segundo momento, que é precisamente o mais importante, o de dar efetividade à multa aplicada, perde destaque a autoridade do Estado e toma corpo a necessidade de se aferir a pertinência da medida em razão da obrigação exigida judicialmente.

Portanto, ainda que não se reconheça expressamente, mas assim

agindo, nossos julgados resgatam e atribuem um caráter material à multa, já que atrelam o valor máximo das *astreintes* a uma estimativa econômica do bem jurídico postulado perante a jurisdição. Fosse ela puramente processual, certamente que inexistiria vinculação alguma entre a multa fixada e a obrigação, já que o descumprimento à ordem judicial e, pois, do Estado permanece incólume.

Mais: nos casos em que uma multa resta liminarmente estabelecida, atrelada à antecipação dos efeitos da tutela, a improcedência do pedido proporciona o desaparecimento das *astreintes*, dizendo-se, inclusive, que ela tem sua exigência *secundum eventum litis*.

Nítido se afigura que, sob o atual enfoque jurisprudencial, a multa diária, que se diz nascer puramente processual, subsiste ou morre com nítida função material, já que o valor a ser arbitrado para compelir ao cumprimento de uma ordem judicial, ao final, fica dependente do reconhecimento de que o direito de fundo e, pois, material, efetivamente existe a bem da parte demandante.

Reitere-se que, em muitas oportunidades, mesmo tendo o demandado descumprido ordem judicial, inclusive prescritiva da multa ora em foco, caso ao término da ação o réu vença a ação, e tenha o direito material a seu favor, a multa que se quer eminentemente processual deixa de existir.

Nesse contexto, a atual conformação que se depara mediante exame da jurisprudência quanto ao instituto pode ser caracterizada indiscutivelmente como sendo híbrida, na medida em que a multa, de modo incoerente e assistemático, ora revela traços de caráter eminentemente processuais e ora possui inegável vinculação ao próprio direito material.

Talvez isso se deva a tentativa de comparar a medida prevista no ordenamento brasileiro a institutos afins, de outros sistemas jurídicos, ligados a outras tradições e finalidades, e arraigados a culturas de nações cujo desenvolvimento suplanta o nosso.

No entanto, e aqui há a necessidade de profundo reconhecimento ao eminente relator, que provocou a discussão, talvez seja chegado o momento de esta Corte intervir no assunto de forma a sistematizar a aplicação do instituto sob estudo, todavia, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque sua aplicação assistemática vem gerando desserviços à jurisdição nacional, chegando até mesmo ao ponto, segundo alguns estudiosos, como afirmado ao início desse voto, de o Supremo Tribunal Federal conferir

competência a este STJ não referida na Carta Máxima da República, para examinar caso emblemático de aplicação equivocada do instituto.

Muito se fala em efetividade processual, para justificar imposição de valor elevado às astreintes, mas é necessário questionar se realmente elas são mesmo eficazes para conceder tutela específica ao autor.

Com efeito, a praxe judiciária, ao se deparar com a tutela de obrigações de fazer ou não fazer, é no sentido de valer-se quase que sempre primeiramente da multa, como uma verdadeira panacéia, esquecendo-se, contudo, que o CPC confere ao magistrado a possibilidade de utilização de medidas muito mais eficazes e que rendem o pronto adimplemento da obrigação.

É dizer, a maioria das multas fixadas em juízo, a rigor, não teriam cabimento caso a autoridade judiciária refletisse melhor quanto ao cabimento de outras medidas mais eficazes para o caso concreto.

Na hipótese em exame, por exemplo, todo o problema seria resolvido se, ao invés de fixar multa diária, o juízo houvesse examinado a possibilidade de expedição direta de ofício ao órgão de proteção ao crédito.

Ainda, a "efetividade" do processo não pode ser visualizada como um valor absoluto, capaz de suplantar o próprio direito material vindicado em juízo.

Em outras palavras, a fixação de multa desconectada e por vezes muito superior ao próprio valor econômico efetivamente almejado pela parte conduz a uma manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, que busca a proibição do excesso na atividade Estatal.

6. O eminente relator originário, ao levantar suposta existência de lacuna no art. 461 do CPC e formular proposta de voto na esteira de reconhecer dois titulares e dividir o produto da multa diária, aparentemente, segue justamente esse caráter híbrido da multa processual, o qual, todavia, e com a devida vênia, contribui para trazer incerteza jurídica aos operadores do direito, notadamente aos magistrados de todo o país quanto ao modo de aplicar as *astreintes*.

Muitíssimo respeitosamente, manifesta-se que não há omissão alguma no Código em mira, tanto que, quando o legislador, em alteração que não pode ser acoimada de antiga, pretendeu atribuir ao Estado a titularidade de uma multa que incide a título de descumprimento e inobservância a ordens judiciais, assim o fez expressamente, cuidando, ainda, para balizar os seus limites, como disposto no art. 14, parágrafo único, do mesmo CPC, em estrita e indispensável observância aos

princípios da legalidade e proporcionalidade.

O próprio ordenamento processual estabelece multa coercitiva similar, no art. 475-J do CPC, destinando-a ao credor e não ao Estado; ela incide no patamar de 10% sobre o valor da condenação, caso o devedor de quantia certa não efetue o pagamento do valor constante do título judicial no prazo de 15 dias após sua intimação para tanto.

O referido dispositivo legal é expresso quanto ao titular da multa ali estipulada, mas caso fosse o texto omissivo, jamais se poderia conceber que metade desse valor revertesse para o Estado e outra metade para o credor, ainda que se reconheça que a conduta do devedor em descumprir o comando jurisdicional transitado em julgado também acarrete um "desprestígio" ao Estado.

Em realidade, após quase vinte anos de convivência com o instituto da multa, diante das lições doutrinárias sobre ele postas e das decisões jurisprudenciais que se formaram em torno do tema, aparentemente antagônicas aos ensinamentos daqueles juristas, chegamos agora a uma encruzilhada, em que nos deparamos com a seguinte indagação: afinal, quais as funções da multa diária ora focada?

A resposta a essa indagação dirá, ou, ao menos, ajudará e confortará a explicação geralmente dada acerca de quem é o titular da multa diária, assim como poderá fornecer melhor delimitação ao seu valor, decorrendo naturalmente daí, também, solução para tantos outros infundáveis problemas que comumente se depara o operador do direito.

Indispensável para esse desiderato e, eventualmente, permitir uma melhor sistematização do tema, definir se ela afinal possui função preponderantemente público/processual, ou, diversamente, privado/material.

Note-se, e bem, que, em ambos os casos, haverá a possibilidade de se ensejar uma revisão da atual jurisprudência desta Corte quanto a diversos pontos de discussão que surgem em torno do tema.

É que, resumidamente, fixada natureza processual/pública da multa, sua conformação certamente levará ao reconhecimento de que ela reverte a bem do Estado, soando incoerente que o descumprimento de uma ordem judicial renda créditos a bem do autor, já que, nessa situação, a verdadeira lesada é a jurisdição e não o demandante.

Igualmente, levada a cabo essa orientação, a incidência da sanção ficará

desprendida do resultado final do processo, pois, independentemente do que ocorra, o descumprimento da ordem persiste e a lesão ao Estado há de ser reparada, exigindo-se o pagamento da multa mesmo improcedente a demanda na qual ela tenha sido estabelecida, tal como rotineiramente ocorre com as ditas multas processuais puras, a exemplo das previstas nos arts. 18 e 14 do CPC.

De outro vértice, estabelecida uma função preponderantemente material/privado, tais imposições serão inegavelmente pertencentes ao demandante, como compensação pela mora em receber o bem da vida perseguido na ação.

Por outro lado, nessa concepção, as *astreintes* não poderão ser arbitradas a ponto tão elevado ao início do processo, tal como vem atualmente ocorrendo na prática, mas, de toda sorte, mantém-se a impossibilidade de que ela atinja montantes absolutamente desconexos à obrigação, bem como continua a inviabilidade de execução do valor resultante da multa liminar, na hipótese de improcedência do pedido inicial.

Em rigor, as multas revestem-se de função privada ou pública; para que exista essa figura “híbrida”, por consectário, seria imprescindível norma expressa, até porque ela constituirá uma medida totalmente inédita no ordenamento jurídico brasileiro, criada por decisão jurisprudencial.

Por isso, apenas se poderia cogitar da solução de dupla titularidade da multa mediante expressa previsão legal, indicando que a sanção reverte em favor de mais de um sujeito.

A tradição de nosso direito é destinar a apenas um sujeito, exclusivamente, o produto de qualquer sanção pecuniária.

Outrossim, embora não se vislumbre a apontada lacuna no texto de lei, seu eventual preenchimento melhor ocorreria com a eleição de apenas um credor, e nunca com mais de um deles.

Ou seja, com todas as vênias, a proposta de atribuir a multa parte ao Estado e parte ao credor da obrigação, viola o princípio da legalidade, tanto em relação ao sistema jurídico evidente, como em relação a um desses sujeitos, pois ou bem a multa pertence a um ou outro sujeito, jamais a ambos.

É de se ter presente, ademais, que o Direito Comparado, embora possa servir de referência para a interpretação de determinado dispositivo legal, especialmente quando traduz tendência exegética ou aspiração social latente,

decorrente da dinâmica da evolução do Direito, não se reconhece, contudo, a sua aptidão para a integração de virtuais lacunas – ausentes no caso, repisa-se - do ordenamento jurídico pátrio.

Não fosse assim, seria possível buscar, no direito estrangeiro, aparentes soluções propostas em outros sistemas normativos, sob a pecha de suprimento da omissão do legislador, como, por exemplo, a pena de morte ou de banimento, ambas admitidas, como é sabido, em outros países.

Nesse passo, tratando-se de providência de caráter coercivo, sancionador, a vedação ao redirecionamento da multa cominatória em mercê do Estado em casos tais, ainda que justificada pela finalidade benigna da medida, é absoluta, adstrita, de forma indelével, aos princípios da legalidade, da anterioridade, da segurança jurídica e do pleno contraditório.

Em que pese mereça sinceros elogios o destacado estudo apresentado pelo eminente Relator, entretantes, acredita-se que os textos alienígenas citados não confortam decisões judiciais, por meio das quais se tenham construído solução, como a ora em debate, via lacunas supridas pela jurisprudência; pelo contrário, tem-se a colação do direito estrangeiro positivado acerca do assunto.

Portanto, é, de fato, a lei dos países aludidos no voto inaugural, e apenas naqueles citados, que admite direcionar, a bem do Estado, uma fração das multas processuais aplicadas aos litigantes, em contendas judiciais, não resultando da jurisprudência, nem mesmo nos países aludidos, a criação da titularidade da sanção.

Se compreendermos que há vácuo na lei brasileira pelo só fato de o nosso legislador não ter destinado uma parte da multa processual ao Poder Público, ante a circunstância de que outros países assim o fazem, nessa hipótese haveríamos de nos sobrepor à opção conscientemente adotada pelo legislador, trazendo para o nosso sistema aquelas sanções que nele não existem, mas que estão arroladas, como visto, em ordenamentos diversos.

Por considerar insuperável os princípios sobreditos, não olvidado o do pleno contraditório, sendo necessário atentar para a verdadeira surpresa ante todos os litigantes ao depararem, em derradeiro grau jurisdicional, com a criação de uma nova obrigação - a partir da qual estaria até mesmo titulado um novo detentor de legitimidade inclusive processual -, acredita-se, assim, não se possa conferir ao caso a solução preconizada pelo eminente Relator.

Diante disso, conclui-se que interpretação tendente a conferir ao Estado a titularidade de multa, que não possui gradação máxima, afronta o princípio da legalidade, o que, por si só, já me levaria a divergir do eminente relator.

7. Entretanto, como já adiantado, o voto do eminente relator originário ao mencionar a falta de amparo teórico a reversão da multa ao autor, desperta para outra questão: a aceitação reiterada na doutrina e jurisprudência de que a multa diária reveste-se de natureza processual e que incide face o descumprimento de uma ordem judicial!

Após refletir sobre o tema, atinge-se a conclusão de que, ao contrário, detêm as astreintes cunho, senão exclusivo, mas ao menos preponderante de direito material, até pela conformação jurisprudencial dada ao instituto, o que explica a maioria das indagações e perplexidades dos operadores do direito quanto ao assunto, como passo a tentar demonstrar.

É voz corrente dentre os mestres doutrinadores e de nossos magistrados que a multa cominatória serve de instrumento voltado a garantir a eficácia de decisões judiciais. E disso não se discorda, todavia, após as reflexões forçadas a partir do voto do eminente relator, verifica-se que o instituto tem uma função mais ampla, que acaba por absorver aquela precipuamente processual, a qual se pode definir doravante como sendo secundária.

Passa despercebido, quando enfocada a multa cominatória como medida exclusivamente processual, que ela também deve servir **a bem do autor da demanda**, que se encontra prejudicado pela mora do devedor no cumprimento de uma obrigação. De fato, não se tem visualizado a multa, quando de seu estudo, sob o prisma dos interesses do demandante, situando-a apenas como um *plus* para a atuação estatal.

Como consequência dessa visão superficial do instituto é que surgem todas as distorções que temos verificado na prática e acerca das quais se preocupa o relator, até ao mencionar a praxe judicial desenvolvida a partir da fixação da multa diária.

No entanto, é necessário, aproveitando o ensejo em que nos encontramos por força da bem lançada crítica proferida pelo eminente relator, que desloquemos o eixo de interpretação da multa cominatória para seu aspecto, para sua **função material**, relegando a processual para um segundo plano, pois assim

ter-se-á maior segurança quando de sua aplicação, bem como se dará mais corpo para as soluções que a jurisprudência até hoje empregou para resolver os problemas derivados da manifestação do instituto no cotidiano forense.

A função material da multa diária, a que ora se refere, decorre da constatação de que ela é um **instrumento de tutela material da mora**, tendo por escopo atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: a) ressarcir o credor pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; b) coagir, indiretamente, o devedor ao adimplemento da obrigação, punindo-o em caso de manter-se na inércia; c) servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo, seja durante o seu transcurso, por intermédio da antecipação dos efeitos da tutela.

7.1 Para confortar referida conclusão, o primeiro passo é comparar a multa cominatória com as demais medidas contempladas no art. 461 do CPC.

O aludido dispositivo tem por objetivo delimitar meios e medidas destinadas à tutela específica de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa, misturando-se ali instrumentos que permitem o pronto adimplemento da obrigação com as *astreintes*, instituto que atua em momento anterior, na mora do devedor.

Com efeito, a aplicação da multa, diferentemente da busca e apreensão, remoção de coisas, interdição de estabelecimentos, não repercute efeitos diretos na vida real, equivalentes ao bem da vida objeto da obrigação descumprida, nem tampouco proporciona o adimplemento direto da prestação; ela, ao contrário, acha-se inarredavelmente ligada à mora do devedor, visando a atuar no sentido de que o réu cumpra espontaneamente a obrigação, constituindo medida coercitiva/sancionatória/compensatória caso ele persista nessa posição letárgica.

Quando analisada em relação às outras medidas do 461, a diferença é gritante: todas as demais providências contempladas no dispositivo em voga são destinadas a gerar efeitos em estágio posterior à mora, acarretando e possibilitando o pronto adimplemento da obrigação.

Ensejam a execução direta da prestação, tendo, portanto, aquelas outras medidas, um indiscutível caráter processual, pois apenas possuem função disciplinar o modo por meio do qual o Estado Jurisdição procederá à satisfação da obrigação, ante a omissão do devedor.

Assim, firma-se a primeira premissa, no sentido de que a multa não serve ao adimplemento da obrigação, estando incursa em momento antecedente, **na fase da mora do devedor.**

7.2 Firmado que a multa diária é um instrumento voltado a agir perante a mora do devedor, vale traçar um breve panorama da situação histórica pertinente à regulação e tutela das espécies obrigacionais previstas em nosso ordenamento material, quando verificada a mora do devedor, até para que se viabilize extrair a verdadeira origem e *ratio essendi* das *astreintes* em nosso sistema jurídico pátrio.

O CC de 1916, assim como o CC/2002, reconhecem, em rigor, quatro espécies de modalidades obrigacionais quando classificadas em função da prestação devida pelo devedor: obrigações de pagar quantia, de fazer, de não fazer e entregar ou restituir coisa certa.

Para a primeira espécie de prestação (obrigação de pagar quantia), ambos os ordenamentos fixam uma medida legal, destinada a atuar no período da mora *debitoris*, ou seja, os juros moratórios, que incidem *ex lege* até o efetivo pagamento da obrigação.

Referido instituto – juros moratórios – possui uma feição punitiva/coercitiva em detrimento do devedor, forçando-o à quitação, sob pena de incremento da prestação devida. Do outro lado, visto sob a ótica do credor, assume natureza ressarcitória, compensando-o face ao tempo de atraso no cumprimento da prestação.

Portanto, a partir de uma visão simples, diz o nosso ordenamento material ao devedor: cumpra a obrigação no prazo estipulado, pois, do contrário, você ficará sujeito ao pagamento de juros moratórios.

Temos, assim, um preceito primário – cumpra-se a obrigação no prazo estipulado, bem como um preceito secundário sancionatório/coercitivo/ressarcitório, - que são os juros de mora.

Veja-se que existem espécies de relações jurídicas em que tais sancionamentos podem ser ainda mais graves. Exemplo disso são os contratos bancários, que permitem, no período da mora, a aplicação da enigmática comissão de permanência, suficiente muitas vezes a aumentar em progressão geométrica a própria obrigação principal. Não se olvide, ainda, determinados casos em que se assomam os juros remuneratórios aos juros de mora, como nas desapropriações

indiretas, responsabilidade civil derivada de atos criminosos etc.

O que importa extrair dessas afirmações sobre as obrigações de pagar quantia, **é que o sistema material é perfeito e enérgico, estipulando preceito e sanção predeterminada correspondente em caso de mora no inadimplemento da obrigação.**

E por que se permite ao sistema referida conformação? Justamente em função da própria natureza da obrigação de pagar quantia certa, a qual já estampa a pronta quantificação econômica do valor devido, isso é: não é necessária em princípio qualquer atividade jurisdicional para se aferir a efetiva extensão do quantum debeatur.

Basta a fixação de uma "alíquota" sobre a grandeza predeterminada da obrigação, que daí advirá o resultado da "pena" imposta ao devedor.

Tal procedimento assume caráter plenamente consentâneo, pois o legislador, mediante ponderação decorrente do princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), consegue estipular uma sanção que acompanha o valor real da obrigação, já que, tanto maior for o *quantum* devido, mais intensidade ganhará a punição correspondente.

Mesmo nos casos em que a obrigação de pagar dependa de arbitramento judicial – danos morais, por exemplo, os juros de mora, conforme decisão recente de nossa Segunda Seção, já estarão incidindo previamente, desde a data do ato lesivo, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, ou da citação, nas obrigações derivadas de responsabilidade civil contratual.

Isso reforça a eficácia das normas que tutelam o credor da obrigação de pagar quantia certa, tornando o preceito primário da norma dirigido ao devedor (cumpra a obrigação) mais forte, já que caberá ao último, mesmo quando ainda ilíquida a prestação, adotar postura ativa no intuito de adimpli-la, senão ficará sujeito ao pagamento dos juros moratórios legais.

Por outro vértice, cumpre verificar que as sanções provenientes da mora são assunto de alto interesse legal, garantindo-se uma proteção mínima ao credor e também ao devedor!

Tome-se, de início, as relações contratuais. Nelas, nada impede que as partes disponham sobre o tema, incrementando as sanções decorrentes da mora, mediante estipulação de multa convencional, ou, ainda, reduzam ou aumentem o percentual dos juros moratórios devidos no caso de mora, devidos no piso legal

mediante a taxa em vigor para o pagamento das dívidas da fazenda nacional.

A lei, entretanto, não deixa totalmente à liberdade contratual a fixação das penas decorrentes da mora, pois confere ao juiz o poder/dever de reduzir o montante da multa convencional, quando esta ultrapasse o valor devido em decorrência da própria obrigação principal.

O CDC, na mesma esteira, limita em 2% do valor em atraso, a multa moratória decorrente do retardamento na quitação de obrigações derivadas dos contratos de consumo.

Protege-se, assim, o devedor.

O credor, a seu turno, também não queda desprovido de resguardo da lei, pois esta traça uma proteção mínima para as hipóteses em que não tenha ocorrido prévio ajuste nas obrigações contratuais, bem como especialmente para aquelas em que o direito do credor surge da responsabilidade civil extracontratual (caso em que obviamente não se estipulará nada diverso para a mora).

Nesses dois últimos casos, o encargo terá trânsito por força de lei, sendo despidendo até mesmo pedido expresso do autor da ação para que se opere sua inclusão no quantum condenatório da sentença que julgar procedente o pedido (art. 293 do CPC).

Dessa primeira breve exposição, chega-se, portanto, a identificar os seguintes pontos essenciais referentes à tutela das obrigações de pagar quantia quando verificada a mora *debitoris*:

- a) Incidência, por força legal, dos juros moratórios e até mesmo de eventuais juros compensatórios em determinadas espécies de relações jurídicas.
- b) Incidência eventual de multa convencional, obviamente quando previamente estipulada pelos contratantes.
- c) Desnecessidade de pedido do autor, para que os juros moratórios agreguem-se ao principal reconhecido na sentença condenatória.
- d) Prescindibilidade de atuação judicial na estipulação das penalidades, frente a própria natureza da obrigação, que traz nela a sua quantificação econômica já em moeda corrente.
- e) Proteção dispensada ao credor mediante fixação de um piso mínimo sancionatório/ressarcitório, para os casos de ausência de disposição convencional sobre os encargos da mora, ou também para as hipóteses de responsabilidade extracontratual.

f) Tutela do devedor, ante a atribuição de poder ao magistrado de reduzir até mesmo de ofício a multa convencional que se afigure abusiva.

7.3 De outro lado, a leitura apressada do código civil levará o jurista a acreditar que o sistema material não dispõe de idêntica tutela sancionatória para os casos de descumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar ou restituir coisa certa.

Com efeito, a ordenação civil, aparentemente, encontra-se desprovida de qualquer medida material voltada a impelir o devedor dessas obrigações a promover a quitação dentro do prazo estipulado.

Em outras palavras, numa visão superficial, tem-se que a lei civil ordena ao devedor: cumpra a obrigação! Mas acrescenta: fique tranquilo, pois nenhuma consequência redundará em caso de descumprimento!

Deveras, a lei civil, isoladamente analisada, não determina punição em caso de inobservância ao mandamento legal, de cumprir a obrigação no prazo estipulado.

A única consequência legal para o descumprimento era, desde o CC/1916, a conversão da prestação em perdas e danos, quando ela, então, assumirá em *ultima ratio* a feição de obrigação de pagar quantia certa.

Somente a partir daí a sanção legal pela mora (juros de mora e eventuais indenizações materiais) poderá incidir, ficando totalmente desprovido de tutela jurídica o credor que estivesse realmente interessado em receber o bem da vida estipulado no contrato, ou a ele devido em função de responsabilidade civil extracontratual.

Ou seja, ao que se evidencia, apenas as obrigações de pagar encontram prestígio legal, já que a mora e posterior inadimplemento absoluto das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa apenas levavam o sistema (e junto dele o credor), num círculo vicioso, novamente à "poderosa" tutela daquelas primeiras.

Todavia, é muito claro e até intuitivo que essa impunidade experimentada pelo devedor da obrigação de fazer ou não fazer e entrega de coisa certa, expõe uma tutela material anêmica e apática quando se pensa nos interesses do credor. A fraqueza do sistema vai de encontro à garantia constitucional do direito de propriedade, inscrito na CF, potencializando a insatisfação social, em função da inadequada resolução do conflito advindo entre as partes.

Foi justamente na busca de curar o sistema material dessa verdadeira

anemia que, primeiramente, por intermédio da edição do CDC e, finalmente, nos anos de 1994 e 2001, mediante alteração no CPC, o legislador consagrou o instituto da multa cominatória, fazendo-o juntamente com a edição de diversas outras medidas hábeis a tutelar com maior eficiência a execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa.

7.4 Repita-se, o inadimplemento relativo (mora) surge a partir do descumprimento da obrigação no tempo e modo previstos, permanecendo em mora o devedor enquanto ainda for útil a prestação a bem do credor. Deixando de sê-la, opera-se o inadimplemento absoluto, caso em que a obrigação resolver-se-á em perdas e danos.

De todo modo, enquanto durar esse momento de crise contratual, em que ainda interessa ao credor a prestação, o ordenamento material civil, conforme visto acima nas obrigações de pagar, possibilita o incremento do valor da prestação, com a incidência de *penalidades legais* (juros de mora ou até mesmo compensatórios em determinados casos) e *convencionais* (multa apenatória).

É nesse estágio de crise da relação jurídica contratual ou extracontratual (de inadimplemento mas ainda com possibilidade de cumprimento da obrigação) que atuam as *astreintes*.

De modo similar às medidas legais e convencionais pertinentes às obrigações de pagar, as *astreintes*, servem como um meio coercitivo/indenizatório/sancionatório, voltado a impelir o devedor ao cumprimento da obrigação, mormente porque o interesse do credor não é o de obter o valor que decorrerá das medidas coercitivas, mas sim de ver satisfeita a prestação alusiva ao bem da vida que lhe é devido e **ser ressarcido dos prejuízos decorrentes da mora do devedor**.

Assim, coincidem o motivo (devedor em mora) e finalidade (estimular o devedor ao adimplemento e compensar a espera do credor) da multa contratual, dos juros de mora e também das *astreintes*, diferindo apenas em função de suas fontes imediatas, que são a lei, o contrato e a atuação jurisdicional, respectivamente.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a tutela material da mora prevista no CC é completada pelo disposto no CPC, porque assim o sistema se fecha e se harmoniza, tanto que um ordenamento não prescinde de integração com o outro para que possa existir a multa em apreço, identificando-se agora, para as

obrigações de não fazer, fazer e entrega de coisa certa, com a multa diária, um instrumento material com papel similar ao desempenhado pelos juros de mora e/ou multa apenatória, nas obrigações de pagar quantia.

Ou seja, completando o CC, o CPC estipula então a possibilidade de o juiz estabelecer, até mesmo de ofício, a multa diária, servindo assim como instrumento de estímulo ao cumprimento da obrigação e fazendo as vezes da incidência legal dos juros moratórios. Garante-se, assim, uma proteção mínima ao direito do credor dessas obrigações, satisfazendo o princípio da proporcionalidade.

A seguir passo a destacar aspectos que afirmam a finalidade preponderantemente material da sanção ora focada.

7.5 Estabelecida a finalidade preponderante do instituto da multa cominatória, cumpre fixar determinadas peculiaridades desse instrumento de tutela material da mora advinda do retardamento ao adimplemento de obrigação de fazer e não fazer, em comparação com seus institutos coirmãos, pertinentes às obrigações de pagar quantia.

O primeiro aspecto que desponta, nesse mister, é reconhecer que há uma sensível diferença quanto ao modo de incidência dos juros moratórios em relação à multa cominatória, o que poderia ser levantado como objeção à assertiva de possuírem as astreintes caráter predominantemente material.

De fato, o primeiro encargo incide de forma fixa e uniforme sobre a prestação em atraso, tendo o credor, em regra, direito líquido e certo à sua exigência até o momento do pagamento. Isso não ocorre em relação à multa diária, que apenas pode ser arbitrada pelo juiz, inclusive com a possibilidade de variação de seu termo inicial, notadamente quando fixada na sentença ou em tutela antecipatória.

Sem embargo, essas circunstâncias são meramente acidentais e decorrem da própria natureza da obrigação a ser resguardada (por isso que se fala em tutela específica, o que demanda institutos diferentes para prestações diferentes), dada a latente dificuldade em se aferir, de plano, o efetivo valor econômico a ser fixado para tutelar a mora quanto às obrigações de fazer e não fazer (aqui se excetuam as obrigações de entrega de coisa certa).

Diversamente das obrigações de pagar, em que a prestação devida é *monetariamente líquida* e permite a fixação de antemão de um percentual pré-estabelecido a incidir sobre o valor principal a título de juros de mora, no caso

das obrigações de fazer, não fazer descarta-se essa possibilidade de estipular uma prévia “alíquota” sobre o montante principal, dada à inexistência de quantificação econômica imediata correspondente a essas prestações.

E é justamente por isso que a multa diária do CPC não dispõe limites mínimos ou máximos, já que caberá ao juiz calibrar o seu montante em consonância com o vulto da obrigação.

Mas o fato de sua fixação depender de uma atuação judicial não a desnatura como um instrumento também de tutela material da mora. Do contrário, toda obrigação, cujo *quantum* reclamasse arbitramento em juízo, converter-se-ia de material para processual, o que evidentemente soa absurdo.

Avançando, de ver, ainda, que tanto a multa cominatória do art. 461 do CPC se afigura como meio de tutela material da mora, que encontra campo de incidência restrito aos casos de inexistência de convenção entre as partes, hipótese que reclama a atuação jurisdicional para seu arbitramento.

Deveras, não se pode esquecer que se reveste de total licitude a estipulação dessa penalidade nos contratos que envolvam obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, quando as partes podem antecipar um valor apenatório/ressarcitório fixo ou diário para o caso de inadimplemento relativo ou absoluto de obrigações de fazer ou não fazer.

Nessa toada, o art. 645 do CPC prevê a possibilidade, em se tratando de execução de título executivo extrajudicial, de o magistrado fixar multa diária em caso de inadimplemento do mandado executivo, ***além de possibilitar a redução de eventual multa diária já previamente acertada entre as partes no próprio título.***

Referido dispositivo revela a natureza coercitiva próxima da multa diária aos demais institutos de direito material acima mencionados, voltados a atuar no momento de crise contratual, pressupondo, inclusive, a eventualidade de ela ser convencionalmente estabelecida pelos litigantes em contrato, caso em que estará vedada a atuação do magistrado para majora-la, podendo apenas reduzi-la, conforme decidiu recentemente esta egrégia Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – MULTA COMINATÓRIA PREVISTA NO ACORDO – ART.

645, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC – IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO PELO JUIZ.

1. O art. 645 do CPC prevê duas situações distintas que podem ocorrer em relação ao título extrajudicial objeto da execução de obrigação de

fazer, sendo também duas as possibilidades facultadas ao juiz da causa: a) quando o título não contém o valor da multa cominatória, o CPC permite ao juiz fixar a multa por dia de atraso e a data a partir da qual será devida. O valor da multa fica ao prudente critério do magistrado, podendo ele, inclusive, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, conforme aplicação analógica do art. 461, § 6º, do CPC;

b) quando o título contém valor predeterminado da multa cominatória, o CPC estabelece que ao juiz somente cabe a redução do valor, caso a considere excessiva, não lhe sendo permitido aumentar a multa estipulada expressamente no título extrajudicial.

2. Hipótese dos autos em que o valor da multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) estipulada no Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a empresa recorrida e o Ministério Público estadual não foi suficiente para assegurar o cumprimento da obrigação de fazer.

Impossibilidade de sua majoração por força do parágrafo único do art. 645 do CPC.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 859.857/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 19/05/2010)

Seguindo adiante, há de ressaltar que a aplicação da multa moratória pelo juízo é facultativa, ou seja, nem sempre o credor de uma obrigação de fazer ou não fazer fará jus à fixação do instituto, o que apresenta mais uma diversidade em relação ao regime de tutela material da mora pertinente às obrigações de pagar.

Essa diversidade se explica pela observância ao princípio da proporcionalidade, bem como diante da possibilidade de o magistrado, ao invés de atuar apenas na fase da mora *debetoris*, desde logo eliminá-la mediante a pronta entrega do bem da vida ao devedor, valendo aqui enfrentar também a chamada indústria das *astreintes*, mencionada pelo relator ao asserir que, muitas das vezes, a parte autora tem maior interesse em auferir a multa diária do que propriamente a prestação vindicada no processo.

Como visto, a multa atua apenas na mora, no intuito de impelir o próprio devedor ao cumprimento da prestação, enquanto as demais medidas estabelecidas para a tutela específica têm por escopo obter o pronto adimplemento da obrigação.

Assim, com base nessa premissa e interpretando o art. 461 do CPC à luz do princípio da proporcionalidade, tem-se que a multa diária deve ter aplicação apenas em último caso, quando impossível ao juízo a adoção das outras medidas executivas firmadas no dispositivo, evitando-se, com isso, essa reprovável conduta, decorrente de uma praxe estatal, lastrada no mau entendimento do instituto da multa diária, prática a qual, por seus equívocos, ao cabo, permite essa subversão de interesses no curso da demanda.

O mencionado princípio determina ao intérprete que, detendo diversas alternativas para o alcance de um fim, há de utilizar aquele potencialmente mais eficaz, devendo, assim, selecionar a medida dotada de um maior grau de eficiência, além de revelar-se a menos traumática e mais econômica às partes envolvidas.

Desnecessárias maiores explicações para constatar que a utilização dos meios de execução direta são consideravelmente mais eficazes do que a simples cominação de multa diária; aqueles, evidentemente, permitem a pronta entrega do bem da vida pretendido pela parte autora, evitando, ainda, a criação de uma nova obrigação em detrimento do devedor.

Todavia, ocorre, na prática, justamente o contrário, visto que a autoridade judicial, ao invés de manter a multa como *ultima ratio*, no mais das vezes, aplica-a sempre em primeiro plano, despojando a parte autora da possibilidade de experimentar o pronto adimplemento da obrigação.

Além disso, a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa foi criada justamente para evitar a remessa do credor a buscar a desacreditada tutela das obrigações de pagar quantia certa, mediante conversão em perdas e danos. Esse objetivo, da obtenção do bem específico, vai por água abaixo já ao limiar do processo, geralmente logo quando da concessão de tutela antecipada, momento em que o juízo, ao fixar a multa como meio adequado ao cumprimento da obrigação de fazer, dá ao autor, cominando as *astreintes*, justamente aquela tutela que se queria evitar.

Realmente, afigura-se mais cômodo ao judiciário aguardar a iniciativa do próprio réu em promover o cumprimento da obrigação, e, na sua omissão recalcitrante, se promova, ao final, a execução da cifra alusiva às *astreintes*, afinal isso evita o dispêndio da expedição de mandados, evita a criação de incidentes processuais, diligências de serventuários da justiça etc.

Ademais, nesse primeiro impulso, tende o juízo a fixar um valor considerável a título de multa diária, baseando-se quase que sempre na lição de que o montante da multa deve ser elevado na busca de forçar o réu ao cumprimento da obrigação.

Entretanto, ao final do processo, invariavelmente, todo esse ímpeto inicial da autoridade judiciária se esvai e o valor atingido pela cominação das *astreintes* é severamente reduzido, justamente porque, nesse estágio, é que se depara com a inutilidade e irracionalidade na fixação de uma pesada multa que suplanta várias

vezes o próprio montante da obrigação. E, então, premida pelo senso de evitar o enriquecimento sem causa, a justiça suprime o montante da multa, tornando o instituto em medida estéril e sem maior finalidade prática.

A fixação inicial da multa diária, como técnica principal e preferencial da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, na prática, transforma-se numa “falsa promessa” ao autor, e numa “bravata judicial” dirigida ao réu, já que, ao final da lide, a sanção resulta inevitavelmente reduzida, caso venha a alcançar um montante mais elevado, desprendido do valor economicamente plausível do direito de fundo buscado na lide.

Nesse contexto, vista a multa diária pela sua acepção em que prepondera sua função material, conjugada com observância fiel ao princípio da proporcionalidade, explica-se a facultatividade no seu arbitramento em juízo, justo que caberá ao magistrado, sempre antes de aplicar tal sanção, ponderar se não há modo mais hábil à entrega da tutela jurisdicional, somente devendo empregá-la na impossibilidade de valer-se dos meios de pronto adimplemento da obrigação, também previsto no art. 461 do CPC.

7.6 Vale também exame minucioso da possibilidade de alteração do termo inicial de incidência da multa diária, circunstância que poderia ser levantada como argumento para afastar sua tarefa de tutela material da mora, pois estaria, assim, sempre vinculada a uma atuação judicial.

Tal constatação evidentemente não desnatura a inegável ligação da multa diária com o direito material da parte, justo que os próprios juros moratórios sofrem alteração quanto ao seu termo *a quo*, dependendo da origem da obrigação de pagar quantia certa.

Com efeito, a rigor, o aludido encargo tem passagem desde a constituição do devedor em mora, mas há vários momentos em que isso pode ocorrer. Em regra, esse momento se dá com a citação do réu, nos casos de obrigação contratual, mas pode variar nas hipóteses em que a obrigação do devedor é aquiliana, quando os juros moratórios serão computados desde o evento danoso.

Distingue-se, ademais, o termo inicial dos juros de mora mesmo nos casos de responsabilidade contratual, quando o contrato tem ou não força executiva. Na primeira hipótese, os juros correm da data do inadimplemento, enquanto que na segunda incide a regra geral, computando-se o acessório da

citação.

Sendo assim, mesmo os juros moratórios sofrem alterações quanto ao seu termo inicial, a depender da fonte da obrigação, valendo lembrar, inclusive, que já preponderou nesta Turma a orientação de que o encargo somente poderia ter curso, nos casos de obrigações ilíquidas derivadas de reparação por danos morais, a partir do arbitramento judicial.

Esse entendimento, salvo melhor juízo, que continua sendo mantido pelos eminentes colegas Antonio Carlos Ferreira, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo, ainda que tenham eles se rendido a maioria da Segunda Seção, tem lastro também na premissa de que seria injusto o cômputo dos juros de mora em relação ao devedor que não disporia de condições de saber o valor por ele efetivamente devido.

Referida linha de orientação justifica o fato de as *astreintes* estarem sujeitas à alteração quanto ao seu termo inicial, visto que sua incidência imprescinde de uma atuação jurisdicional prévia, que delimite, primeiro, a viabilidade de sua incidência, mediante exame do princípio da proporcionalidade e, em segundo plano, o valor adequado para que atinja seu objetivo de impelir o próprio devedor ao cumprimento da obrigação.

Por outro lado, explica-se a possibilidade de a multa diária incidir ate mesmo antes do trânsito em julgado do processo, quando estabelecida juntamente com uma medida de antecipação dos efeitos da tutela, na medida em que a concessão da liminar antecipatória garante a parte a fruição do bem da vida pretendido já durante o curso da demanda, erigindo-se como um verdadeiro direito subjetivo da parte beneficiária ver cumprida a providência jurisdicional conferida a seu favor.

Logo, a multa diária, nessa hipótese, figura como uma pena para o réu e uma compensação para o autor pelo tempo que o demandado levava para efetivamente cumprir a medida, lembrando que nesse interregno continuará aquele privado do bem perseguido em juízo.

Portanto, a multa arbitrada em tutela antecipada tem por escopo compensar o autor e punir a mora do acionado em entregar ao demandante o bem da vida cuja tutela lhe foi antecipadamente assegurada pelo Poder Judiciário,

7.7 Diante desse contexto, verifica-se que a multa regrada no art. 461 do CPC detém inegáveis pontos de contato com a tutela material dispensada pelo

legislador civil às obrigações, justo que detém a finalidade de atuação no período de mora contratual ou extracontratual.

E, para isso, vale reconhecer:

a) assim como os juros de mora traduzem uma proteção mínima ao credor da obrigação de pagar quantia, podendo incidir mesmo à míngua de pedido do autor, também a multa diária é passível de fixação quando verificada a inexistência de uma proteção mínima ao credor das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa;

b) da mesma forma que o juiz pode proteger o devedor da obrigação de pagar quantia, mediante redução, de ofício, de eventual valor abusivo de multa moratória, assim pode também agir o magistrado a bem do devedor das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa, dada a autorização prevista no art. 461, 6º, que contempla a possibilidade de minoração do *quantum* atingido pelas *astreintes*, quando assimilada a sua excessividade ou inutilidade para o caso concreto;

c) idênticamente às obrigações de pagar, em que as partes podem dispor sobre aumento, diminuição e até mesmo criação de penalidades face à mora, também podem os envolvidos em relação negocial derivada de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa certa;

d) outra coincidência: quando operado o inadimplemento absoluto e consequente conversão da obrigação em perdas e danos, todos esses acréscimos: multa contratual, juros de mora e multa diária acrescerão ao saldo devedor que vier a ser obtido pela mencionada conversão.

Na verdade, extrai-se da multa cominatória, conquanto prevista no CPC, uma função preponderantemente material, pois serve ela de complemento às medidas coercitivas estabelecidas no Código Civil.

Vale dizer, o legislador poderia, perfeitamente, ter fixado a multa diária para forçar o adimplemento das obrigações de entregar coisa certa, fazer e não fazer no próprio Código Civil, diploma em que melhor estariam localizadas as medidas, até para evitar discussões e distorções como a ora em foco, nada obstando, contudo, assentar a função de tutela material da mora pertinente à multa cominatória, mesmo regradada no CPC, pois indiscutível que tal diploma pode sim conter disposições de cunho material, como faz, por exemplo, em relação à prescrição e efeitos da citação válida.

8. Posto esse exame inicial e panorâmico do instituto, comparado à tutela material das obrigações de pagar, necessário agora o enfrentamento da conformação que a jurisprudência vem dando ao instituto, o que a todo sentir, reforça a função preponderantemente material da multa diária.

8.1 A orientação jurisprudencial que mais fortemente corrobora o aspecto destacadamente material da multa cominatória decorre do entendimento fixado por esta Corte, na esteira de que as *astreintes*, fixadas liminarmente no curso do processo, perdem efeito ao final da demanda, caso julgado improcedente o pedido.

Cuidasse de um instituto de direito exclusivamente processual, por evidente que a multa diária, fixada em função do descumprimento de uma ordem estatal, não teria sua eficácia obliterada face à improcedência do pedido principal. O fato gerador da aplicação da penalidade, nessa hipótese, remanesceria íntegro e permitiria a exigência da sanção independentemente da sorte da pretensão deduzida na demanda.

Como visto, não é assim. Sob o pretexto de evitar o enriquecimento sem causa do autor da ação, firmou-se a compreensão de que a multa diária perde sua eficácia, cabendo, inclusive, sua restituição ao réu, caso este tenha procedido ao recolhimento do valor resultante da penalidade durante o transcorrer da lide.

O fundamento afigura-se absolutamente correto, mas ganha evidente solidez quando firmado a par de se vislumbrar o caráter material da multa diária.

De fato, se a multa é um remédio coercitivo/punitivo/ressarcitório voltado a compelir o devedor da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa ao cumprimento de tal prestação, fica fácil concluir que ela assume um caráter subsidiário e acessório à obrigação principal (assim como são os juros moratórios para as obrigações de pagar quantia).

Via de consequência, declarada a inexistência do principal, está a multa fadada ao mesmo resultado, soando inconcebível sua exigência a par da improcedência do pedido relativo ao próprio objeto da obrigação reclamada em juízo.

8.2 Por outro vértice, como bem ressaltou o eminente relator, os julgados da Corte restringem a atuação das *astreintes* aos casos de tutela de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, inadmitindo-a para outras espécies de determinações jurisdicionais, o que denota a especificidade do instituto e sua ligação imbrincada com o direito material.

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência nacional reputa descabido seu arbitramento em outras espécies de tutela jurisdicional, como a declaratória, a constitutiva, repudiando-se também sua fixação para forçar as partes ao adimplemento de obrigação material de pagamento de quantia certa, mostrando-se inviável ainda para compeli-las a observar determinado dever processual puro.

De fato, seria prontamente rechaçada, por manifesto *error in procedendo*, cominação da multa diária para que o autor comparecesse em audiência para prestar depoimento pessoal, por exemplo. Absurda se afiguraria a aplicação do instituto, para que as partes recolhessem os honorários voltados à realização de prova pericial determinada *ex officio* pelo juiz.

Conclui-se, portanto, que a multa não está ligada apenas ao processo, mas decisivamente ao direito material e, mais, sua aplicação reserva-se apenas para espécies obrigacionais específicas, sobre as quais, como visto anteriormente, padece o código civil de uma tutela efetiva, pois que não prevê medida alguma para contrapor-lhes a mora quando do inadimplemento.

Mais um ponto que chama à atenção.

O nosso ordenamento processual civil dispõe de procedimento de tutela específica da própria relação processual: o processo cautelar.

Fosse a multa diária um instrumento ligado ao processo, deveria, por evidência, deter ampla aplicação nos ritos da tutela cautelar pura (arresto, sequestro, alimentos provisionais, exibição de documentos, etc), o que, entretanto, não ocorre.

A jurisprudência somente consente acerca da incidência do instituto naqueles processos impropriamente chamados de cautelares, mas que, em verdade, desbordam o caráter da tutela cautelar propriamente dita, porquanto perseguem em realidade a obtenção, não de proteção aos elementos do processo (estado das coisas, partes ou provas), mas sim a obtenção da tutela antecipada, sede em que se está diante da satisfação do próprio direito material da parte.

Cito, por exemplo, o seguinte precedente desta Casa, em que se aplicou multa diária em sede da impropriamente chamada tutela cautelar:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE. REESTABELECIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA - ASTREINTE. ART. 461, §6º, DO CPC. EXCESSO. REDUÇÃO DO VALOR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Medida Cautelar de abstenção de corte de fornecimento contra a Companhia Piratininga de Força e Luz, ordenando à

ré que restabelecesse o fornecimento de energia elétrica, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. Esta foi reduzida, posteriormente, para R\$ 500,00. A decisão agravada a fixou em R\$ 30.000,00 no total.

2. A concessionária impugna a cobrança das astreintes, afirmando que o valor estaria em R\$ 1.932.863,54, equivalentes a 370 dias de descumprimento.

3. É possível a revisão de multa cominatória por decisão fundamentada, inclusive pelo STJ, em situações excepcionais e quando ela se tornar insuficiente, excessiva ou desnecessária, à luz do art. 461, § 6º, do CPC. Precedentes do STJ.

4. Ratifica-se a decisão que deu provimento ao Recurso Especial da concessionária, reduzindo a multa ao valor fixo de R\$ 30.000,00.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no Ag 1244483/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 16/09/2011)

Aqui, vale gizar que a Terceira Turma desta Corte vem admitindo a fixação da penalidade nos casos de exibição incidental de documentos, o que em princípio sinalizaria a possibilidade de sua incidência para deveres processuais. Mas a própria Terceira Turma, salvo melhor juízo, entende descabida essa mesma medida nos casos de ação cautelar preparatória, que se visa também a exibição de documentos.

De qualquer sorte, trata-se de entendimento exclusivo daquele órgão fracionário, justo que nesta Quarta Turma prevalece o entendimento quanto à impropriedade do arbitramento das *astreintes*, como bem reflete julgado da eminente Ministra Isabel Gallotti:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. FASE INSTRUTÓRIA. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO EM CONTA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTO. EXTRATOS.

1. A ordem incidental de exibição de documentos, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança, encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC, que não prevêm multa cominatória. Isso porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

2. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372). Este entendimento aplica-se, pelos mesmos fundamentos, para afastar a cominação de multa diária para forçar a parte a exhibir documentos em medida incidental no curso de ação ordinária condenatória. Nesta, ao contrário do que sucede na ação cautelar, cabe a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o

documento (CPC, art. 359), cujas consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos, sem prejuízo da possibilidade de busca e apreensão, nos casos em que a presunção ficta do art. 359 não for suficiente, ao prudente critério judicial.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1179249/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011)

Especificamente nos precedentes que não admitem a multa diária em sede de tutela cautelar de exibição de documentos, avulta o entendimento de que a existência de sanção processual específica (presunção de veracidade dos documentos – fase de conhecimento - ou busca e apreensão – no procedimento cautelar) afasta a possibilidade de se cominar a sanção.

Não se chega a dizer, nesses julgados, que a multa é descabida porque deveres processuais não são tuteláveis, frente ao fato de que o art. 461 do CPC somente serve para **'ações que tenham por objeto obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa'**, mas o fundamento invocado por nossa Corte está 'no meio do caminho' dessa afirmação.

O processo civil, em si, tirante o capítulo específico dos deveres processuais das partes cujo descumprimento enseja sanções já determinadas (arts. 14, 18 e 602 do CPC), não serve para criar obrigações materiais às partes, justo que o descumprimento dos mandamentos de ordem procedimental poderão ao máximo render ensejo a uma sentença de improcedência da pretensão da parte ou então com a extinção do processo.

Isso é: salvo melhor juízo, a todo dever de fazer, abster-se, ou entregar coisa derivado especificamente da relação processual, corresponderá sempre uma sanção processual específica, o que afasta qualquer possibilidade de aplicação do art. 461 para atuar quanto à conduta das partes no processo propriamente dito.

Ademais, entendimento que tenda a aplicar multa diária pelo descumprimento de um dever eminentemente processual e não ligado à obrigação material, desrespeitará a literalidade do art. 461 do CPC, que manda seja arbitrada a penalidade em montante adequado e suficiente ao montante da obrigação, desconhecendo-se que possa ser de qualquer modo quantificada economicamente um dever processual.

Ora, nesse contexto, fica evidente que não é o processo que permeia a *ratio essendi* da multa diária, mas sim o direito material reclamado na ação, ao qual, buscando lhe dar eficácia, permite a lei se agregue a multa diária, para servir como

incentivo ao devedor em seu cumprimento espontâneo e, por outro lado, como compensação ao credor pela demora no recebimento do bem da vida a que faz jus.

9. Nessa altura do raciocínio e frente as premissas já elencadas, vale agora o exame da afirmação unânime e corrente na comunidade jurídica, de que a multa diária incide pelo descumprimento da ordem judicial, e visa evitar o desprestígio do Estado diante da recalcitrância do devedor.

Salvo melhor juízo, referida afirmação não mais se compactua com a conformação que a jurisprudência emprestou às *astreintes* no direito brasileiro. Conforme se acabou de expor, em sendo o pedido julgado improcedente, eventual multa estipulada no transcorrer do processo queda automaticamente elidida. Afirmou-se, ainda que, tivesse a multa diária caráter processual, o fato gerador dessa obrigação persistiria íntegro, justificando a sua cobrança a despeito do que aconteça quanto à pretensão deduzida na demanda.

Entretanto, vista a multa em sua função material, tem-se conclusão inelutável **na esteira de que não é o descumprimento da ordem judicial que enseja a aplicação/incidência das *astreintes*, mas sim a mora no adimplemento da obrigação.**

A ordem judicial, nesse contexto, apenas serve para constituir indiscutivelmente a mora tornando exigível desde logo a obrigação. A multa incide em momento posterior, em virtude da persistência do estado de inadimplemento relativo.

Em um sentido lato, toda decisão judicial é passível de descumprimento, o que geraria, na linha do entendimento que se pretende refutar, a aplicação ampla e irrestrita de multa diária para qualquer espécie de provimento jurisdicional.

Por evidente, todavia, que esse entendimento não pode prosperar, pois o próprio art. 461 do CPC condiciona a incidência das *astreintes* às decisões que contenham ordem ao adimplemento de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Portanto, somente elas detêm a potencialidade de, inobservadas, ensejar a imposição da multa diária.

Caso o descumprimento de ordem judicial fosse o fato suficiente à aplicação da multa, então, poder-se-ia cogitar de sua aplicação para toda e qualquer decisão que não fosse espontaneamente atendida pelas partes ou por demais sujeitos do processo, incluindo-se aí ordem de devolução dos autos, comparecimento em audiência, sentenças declaratórias, constitutivas, enfim, para a

integralidade dos provimentos jurisdicionais.

Mais: levado a cabo o entendimento de que é o descumprimento da ordem judicial o móvel a abrir espaço à incidência da multa diária, ter-se-ia a tácita admissão de que o sistema processual chega a um paradoxo, capaz de violar o princípio da isonomia. De fato, seria injustificável o fato de serem protegidas pelo instituto apenas as decisões cujo conteúdo traga ordens ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, enquanto que outras, até mesmo de caráter mais relevante, ficariam desprovidas dessa mesma proteção jurídica (ordem de pagamento de alimentos, *v.g.*).

Porém, não há paradoxo, tampouco violação ao princípio da isonomia, justo que a multa diária não provém do processo, mas do direito material, da necessidade de se resguardar e servir de instrumento jurídico hábil a tutelar a mora nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Em realidade, a ordem judicial, assim como qualquer outra sentença ou decisão provinda do exercício da jurisdição, constitui apenas o veículo a partir do qual se certifica e se permite a satisfação mediante atuação do Estado de uma obrigação advinda do direito material.

Em consonância com antiga lição da doutrina processualista, quando se trata de sentença condenatória, o ato jurisdicional dispõe, inicialmente, da declaração de existência do direito material titularizado pelo autor, constituindo, ato contínuo, em persistindo o inadimplemento, o direito do credor de valer-se de meios expropriatórios ou executivos diretos no fito de satisfação da pretensão material deduzida na demanda.

Logo, o comando judicial pressupõe, para sua posterior execução, uma previa declaração de existência do direito material, sendo óbvio que o descumprimento dessa ordem não conferirá natureza jurídica processual ao direito material nela declarado. É dizer, se não existir uma obrigação material que permeie o ato jurisdicional, revestir-se-á de total nulidade a sentença ou decisão liminar contendo uma ordem a quem quer que seja, pena de manifesta violação aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Nesse contexto, tem-se que a decisão judicial que estipula as astreintes tem a mesma natureza de uma sentença condenatória, pois ela: a) reconhece a existência da mora e a conseqüente necessidade de se estipular medida hábil a compelir o réu ao adimplemento, bem como para servir de meio ressarcitório ao

credor, que se acha desprovido do bem material objeto da lide; b) constitui, em momento seguinte, a possibilidade de o autor exigir o valor monetário decorrente de sua incidência em caso de persistir o inadimplemento da obrigação, mesmo após escoado o prazo fixado para o cumprimento espontâneo.

O verdadeiro fato a possibilitar a aplicação de uma multa diária não é o simples descumprir de uma ordem judicial, como uma visão meramente superficial pode fazer crer. O que enseja essa medida é sim a mora no adimplemento da obrigação subjacente, pois sem tal inadimplemento suprimida estaria a possibilidade de arbitramento e posterior computo da multa diária. A decisão judicial apenas certifica a mora e quantifica o valor da penalidade.

Essa compreensão, na esteira de estabelecer o descumprimento da ordem judicial como fato gerador da multa, vem prestando um desserviço à nossa justiça, pois, fundando-se nessa falsa premissa, podemos acompanhar toda sorte de mandos e desmandos provindos da judicatura.

A partir desse entendimento, constata-se a imposição de multas diárias milionárias, por vezes até desprendidas das hipóteses taxativas do art. 461, desprovidas de qualquer fundamento jurídicos e aptas a ensejar o enriquecimento sem causa do respectivo beneficiário, quando, na realidade, trata-se de instrumento que deve ser aplicado com parcimônia adequando-se à dimensão da obrigação discutida.

Na realidade, o magistrado, sentindo-se desprestigiado pela inobservância de sua ordem, passa, no curso do processo, a comportar-se tal qual parte interessada da relação processual o fosse, aumentando o valor da sanção para ver restabelecida sua autoridade. Tanto assim, que, no presente caso, está o relator propondo divisão do quantum decorrente da aplicação das astreintes ao Estado.

Esse tipo de orientação, *data vênia*, causa um profundo desequilíbrio na paridade de armas que devem ser disponibilizadas às partes da relação processual, na medida em que a simples estipulação da multa diária ocasiona até mesmo a assunção de interesse do erário no resultado da lide, passando o Estado a atuar conjuntamente com o autor contra o réu. Prescindíveis, aqui, maiores digressões, de modo a se perceber frontal violação ao devido processo legal em decorrência de tal situação inusitada.

10. Diante disso, reconhecido o caráter preponderantemente material da

multa diária, **resta indene de dúvidas que o destinatário de sua aplicação somente pode ser o próprio autor**, mormente quando verificado que o valor da sanção, além de impelir o réu a cumprir a obrigação, serve para compensar o demandante pelo tempo pelo qual queda privado de fruir do bem da vida que lhe fora concedido, seja antecipadamente, por meio da tutela antecipada, ou definitivamente face a prolação da sentença.

De rigor, assim, a anulação do aresto de segundo grau de jurisdição, pois indevida a extinção da execução de sentença.

11. Remanesce, portanto, o enfrentamento do caso concreto, com a definição do valor a ser fixado pela aplicação das *astreintes*, tudo a ser dirimido já sob a ótica da preponderante função de tutela material da mora exercida pela fixação da multa cominatória.

Nesse ponto, primeiramente cumpre destacar a possibilidade de esta Corte syndicar, mesmo após o trânsito em julgado, o valor de multa diária estabelecida durante o trâmite do processo de conhecimento, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do respectivo beneficiário, tal como autoriza o art. 461 §6º, do CPC. Trata-se, aliás, de entendimento consolidado nesta Corte Superior, valendo referenciar o seguinte julgado sobre o tema:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROPÓSITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. TELECOM. MULTA DIÁRIA. ALTERAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO 372/STJ.

1. Esta Corte já decidiu que o magistrado pode, de ofício ou a requerimento da parte, alterar a multa aplicada, quando esta se tornar insuficiente ou excessiva, nos termos do artigo 461, § 6º, do CPC, ainda que após o trânsito em julgado da decisão. Precedentes.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl no REsp 1069334/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011).

Na espécie, é latente o equívoco na própria estipulação da multa diária, a beneficiar os réus de ação monitória, notadamente porque estes sequer deflagraram reconvenção ou pedido contraposto.

Imperioso ressaltar, até na esteira da ampla exposição já procedida durante o voto, que a multa diária deve ser fixada a bem daquele que propõe um pedido em juízo, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto.

As *astreintes* servem para ressarcir o proponente da demanda pela mora no ressarcimento do direito material vindicado em juízo, não podendo ser fixadas

aleatoriamente para toda e qualquer decisão jurisdicional, pressupondo, sempre, a existência de um direito de fundo a ser por elas protegido.

Logo, condicionante indispensável para a atuação e aplicação de tais providências, é a existência de uma ação proposta pelo indigitado credor, para que a procedência do pedido possa vir a gerar uma sentença, a qual, reconhecendo a existência da obrigação, condenará o devedor a prestar a atividade exigida na demanda.

Bem por isso, dispõe o art. 461 do CPC que "**na ação** que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, **se procedente o pedido**, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

Assim, só a partir da certeza (em caso de execução definitiva) ou da grande probabilidade (em caso de execução provisória, derivada de antecipação dos efeitos da tutela) de procedência do pedido, é que se poderá falar em aplicação da multa diária, voltada a assegurar/ressarcir o credor face o inadimplemento da obrigação.

A posição de autor, e a existência de um pedido por ele formulado, são *conditio sine qua non* para que surja a possibilidade de o Poder Judiciário expedir ordens em desfavor do suposto devedor da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa.

Do contrário, não há como justificar a ingerência do Estado no patrimônio do devedor. Vige em nosso sistema processual civil o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º, do CPC), só se permitindo a sua atuação quando devidamente acionada pelo interessado.

Logo, à míngua de pedido devidamente formulado em uma ação, sob os auspícios do devido processo legal, resta vedado ao judiciário expedir comandos impositivos (salvo quando necessários a resguardar o bom andamento do processo – art. 14 do CPC), sob pena de, assim, estar agindo oficiosamente.

Em situação análoga, tratando do cabimento de liminar antecipatória em favor do réu (do sujeito passivo do processo), lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Somente o autor pode beneficiar-se da tutela antecipatória. É o autor quem deduz pretensão em juízo, de sorte que só ele pode fazer pedido. Quando o CPC 273 *caput* autoriza a antecipação dos efeitos contidos no "pedido", está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial. (Código de Processo Civil

Comentado e Legislação Processual Extravagante, p. 647, Editora Revista dos Tribunais: 2003).

Acerca do tema referente ao cabimento da multa diária em benefício da parte que não formula pedido em juízo, vale, ainda, consulta à apelação cível n. 2008.003539-9, da Terceira Câmara Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatada por este signatário.

De toda sorte, no caso dos autos, ao menos o cabimento da multa a bem dos réus de ação monitória resta indiscutível, face a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada material acobertando o comando sentencial que assim dispôs. Todavia, se não é possível alterar o *an debeatur*, a ingerência da Corte sobre o *quantum debeatur* resultante das *astreintes* é plenamente admitido, tal como exposto ao início do presente tópico.

Portanto, impositiva se afigura sensível redução do valor da multa diária a ser exigida quando da continuidade do processo executivo, a qual fica restrita à quantia de R\$ 5.000,00, corrigida pela taxa SELIC a partir da data deste julgamento.

12. Do exposto, o voto é no sentido de prover em parte o recurso especial, para declarar a legitimidade exclusiva dos exequentes para reclamar a satisfação do valor alcançado pela aplicação da multa diária, reduzindo, todavia, o montante exequendo à cifra de R\$ 5.000,00, corrigido pela taxa SELIC a partir da data deste julgamento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.006.473 - PR (2007/0270558-3)

ESCLARECIMENTOS

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

Eminentes Colegas, o ilustre Ministro Marco Buzzi traz ao exame do Colegiado substanciosas ponderações, como sói acontecer com Juízes desse quilate, dado também o elevado conhecimento jurídico de que é detentor Sua Excelência. Suas preocupações, por exemplo, com a segurança jurídica e com o essencial e basilar princípio da Separação de Poderes, decerto são também por todos compartilhadas.

Cumpre-me, como Relator, todavia, tecer algumas considerações sobretudo acerca do voto por mim proferido em outra assentada, não sem antes reafirmar o brilho das observações dissidentes oferecidas pelo eminente colega, que deveras, possuem lastro jurídico e filosófico.

Tal como entendeu Sua Exa. em diversas passagens do seu voto, asseverei que há uma "abertura no texto legal" a autorizar a solução por mim proposta, muito embora eu tenha ido além e vislumbrado mesmo uma "lacuna legal" no que concerne à titularidade do direito ao recebimento das *astreintes*.

Em nenhum momento, com a devida venia, reconheci que o "texto da lei não é ideal" quanto à titularidade da multa. Na verdade, nem vislumbrei texto algum a conferir ao credor da obrigação principal a titularidade das *astreintes*. E é exatamente em razão dessa lacuna que entendi que a destinação da multa exclusivamente ao credor da obrigação principal não encontra também amparo em nenhum texto normativo, não passando de hábito forense inveterado aceito sem maiores reflexões pela jurisprudência - aceitação passiva que, felizmente, interdita-se nesta oportunidade, seja qual for a posição adotada por esta Turma.

A **prática forense** é que não é a ideal e, a meu juízo, também não encontra amparo no ordenamento.

Ou seja, a meu juízo, e com a fundamentação antes proposta, se não há previsão legal expressa a destinar a multa do art. 461 do CPC ao Estado - ou parcialmente a ele - também não há sequer indícios de que a multa deva ser destinada com exclusividade à parte. A lacuna legislativa, nesse ponto, é ambivalente.

Também gostaria de pontuar que medidas processuais acessórias, como a aplicação de multa, podem sim, em não raras vezes, potencializar o ingresso do interesse

de um terceiro sujeito estranho ao processo, com a *venia* devida.

É o que acontece, por exemplo, nas seguintes situações:

a) a multa aplicada com suporte no art. 14, parágrafo único, do CPC, que "será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado";

b) o art. 35 do CPC também prevê que as sanções processuais "impostas aos serventuários pertencerão ao Estado";

c) são revertidas a um fundo público as multas aplicadas em ações civis públicas, inclusive as relativas a obrigações de fazer e não fazer (art. 11 da Lei 7.347/85), mercê do que dispõe o art. 2º, inciso I, do Decreto 1.306/94, que regulamentou a criação do Fundo Público previsto na LACP, além das outras reprimendas previstas em leis diversas e reguladas pelo mesmo decreto;

d) o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no seu art. 213, prevê aplicação das mesmas *astreintes* em ações de obrigação de fazer e de não fazer, em redação quase idêntica à do art. 461 do CPC, prevendo, porém, o art. 214, a reversão dos valores para um fundo público gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e Adolescente do respectivo município.

Em todos esses casos - se a memória não me falha quanto à existência de outros - há verdadeiro *tercius*, para me utilizar também do termo de que se valeu Sua Exa. - a se beneficiar de medida processual assecuratória levada a efeito em processo do qual não fez parte.

Também rogo a mais respeitosa *venia* para dissentir do entendimento de Sua Exa. no sentido de que a ausência de parâmetros percentuais para a aplicação das *astreintes* sugere que a titularidade para recebê-las seja do particular; "fosse o Estado" - prossegue Sua Exa. -, "a lei deveria estabelecer parâmetros para mínimos e máximos".

Ora, as multas a que fiz referência anteriormente, que são todas destinadas ao Estado, não possuem percentuais limítrofes, assim como a prevista no art. 461 do CPC, mesmo porque seu caráter periódico e a exigência de ser "suficiente" e se inserir nas "medidas necessárias" à consecução da tutela específica, desaconselham seja ela limitada a um percentual máximo ou mínimo.

Por outro lado, a ausência de previsão normativa explícita acerca da limitação dos valores das *astreintes* não pode significar jamais, e renovada aqui a *venia* devida, sejam elas (as *astreintes*) destinadas exclusivamente ao particular; como se as multas destinadas aos particulares fossem "abertas" e as destinadas ao Estado fossem "fechadas".

Parece-me que a tradição adotada pelo CPC é exatamente a contrária, ou

seja, são as multas destinadas aos particulares - aos credores da obrigação principal - que vêm limitadas por percentual, a exemplo dos arts. 18, 475-J, 538, parágrafo único, 557, § 2º, e 601. E isso por uma razão que me parece evidente: sobretudo quanto ao particular, não se tolera o enriquecimento sem causa.

No ponto, também, não vejo amparo no ordenamento jurídico na tese implicitamente ensaiada pelo voto divergente, segundo a qual a conversão da multa para o particular é regra enquanto que para o Estado é exceção que depende de expressa previsão legal. A meu juízo, a maior estranheza se verifica quando uma "multa" tem destinação exclusivamente privada e não pública ou parcialmente pública.

Quanto ao § 2º do art. 461-A do CPC, o qual prevê que, em ações que tenham por objeto a "entrega de coisa", expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, parece-me absolutamente imprópria a analogia para se alcançar a titularidade das *astreintes*.

E isso, *data maxima venia*, por uma razão bastante singela: o mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse a que faz referência o preceito, que será expedido sempre em favor do credor na ação que objetiva a entrega de coisa certa, não consubstancia uma medida acessória à satisfação da obrigação principal. A busca e apreensão ou a imissão na posse **é a própria obrigação principal** e o mandado é expedido mesmo em favor do credor obviamente porque é ele o titular do direito sobre o bem objeto do mandado. Não se trata, portanto, de medida coercitiva ou acessória, mas de medida satisfativa.

Ou seja, a toda evidência, a "busca e apreensão" a que faz referência o § 2º do art. 461-A não é a mesma "busca e apreensão" prevista no § 5º do art. 461, sendo a primeira satisfativa da própria obrigação e a segunda coercitiva.

Tampouco posso concordar com a ideia de que se está a criar uma nova obrigação, em derradeira instância, em benefício do Estado. A obrigação, do ponto de vista do devedor, já existe e pouco importa a quem ele vai pagar. Somente propusemos que a obrigação anteriormente reconhecida seja fracionada, com vistas a incrementar a efetividade da tutela pleiteada.

Tanto é assim que o próprio voto divergente mantém os mesmos valores por mim sugeridos, sendo indiferente ao devedor que tais valores sejam revertidos ao Estado ou ao credor da obrigação principal ou a ambos. Quem tem interesse de se insurgir é o credor da obrigação - que terá o crédito repartido - e não o devedor. Tanto o meu voto, quanto o voto proferido pelo e. Ministro Marco Buzzi, cominam ao devedor a mesmíssima obrigação.

Não se propôs, é bom ressaltar, a dobra das *astreintes*, mas a sua

repartição.

Devo sublinhar, uma vez mais, a premissa da qual parti para a solução proposta.

Diferentemente do que entendeu o substancioso voto do Ministro Marco Buzzi, não considero que a multa prevista no art. 461 do CPC seja simplesmente um "acessório" da obrigação principal privada perseguida em juízo. A solução antigamente praticada, de se resolver levemente em perdas e danos a obrigação de fazer ou não fazer, muito frequentemente, satisfaria os interesses puramente privados da parte.

Porém, como salientado, a opção pela entrega de uma "tutela específica" cuja consecução é apoiada pela incidência de multa e outras medidas coercitivas, revela uma mudança valorativa do próprio ordenamento processual pátrio.

Tal mudança foi bem noticiada por Dinamarco, como já citado no voto antes proferido:

A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de *um fazer* ou de um *não-fazer* precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. Nada de impor meras compensações em dinheiro. (*Op. cit.* p. 451)

De toda sorte, parece que a divergência entre o entendimento por mim proposto e o adotado no voto contrário é emanção de uma divergência ainda maior, de índole principiológica.

Contrariamente ao que asseverou o eminente Ministro Buzzi, no sentido de que "o processo é **mero** instrumento para a satisfação da relação jurídica material entre os litigantes", com o máximo respeito e admiração que tenho por Sua Exa., não vejo o processo por esse viés puramente privado. A busca de uma tutela efetiva é interesse que transborda o das partes, firmando raízes, em última análise, na própria razão de existir um "Estado-Juiz".

Remonta à década de 60, por exemplo, a lúcida percepção de Galeno Lacerda acerca da imorredoura antítese verificada no processo, entre a justiça individual e a paz social gerada pelo término dos litígios.

"Processo é meio", dizia Galeno, "meio de solução justa de um conflito individual de interesses e meio também, eficaz e pronto, de harmonia social". E apregoava ele que o ponto de equilíbrio entre esses dois vieses do processo (individual/privado e social/público) se hospedaria na capacidade de o sistema não hipertrofiar, nem a finalidade individual, nem a social do processo, mas que, no Brasil, o

traço marcante da cultura individualista do processo encontrava-se presente (LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de direito processual civil, volume 3 (janeiro a junho de 1961), ano II. São Paulo: Saraiva S.A. livheiros editores, 1961, pp. 74-86).

É o que Barbosa Moreira chama *neoprivatismo*, corrente doutrinária que considera o processo como "coisa das partes", de costas para sua relevante função social de colocar termo a pontos de tensão existentes na sociedade (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. in. *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário*. São Paulo: JusPodivm, 2010, p. 404).

Como afirmei sobejamente, o art. 461 do CPC, a par de fomentar a solução particular do litígio, volta-se para a prestação de uma tutela efetiva à qual subjaz inegável interesse público. Ou seja, a multa coercitiva, a qual visa a apoiar uma tutela efetiva, também possui um viés público, à sombra mesmo do caráter também social do processo.

Dai por que, sem exacerbação do poder-dever de solucionar o caso concreto independentemente de lacunas, afigura-se-me possível e correta a destinação conjunta das *astreintes* ao Estado e ao credor da obrigação principal, à razão de 50% para cada um.

Finalmente, longe de vulnerar o princípio da legalidade, a solução proposta, a meu juízo, encontra amparo inclusive na natureza aberta da própria norma insculpida no **art. 461, § 5º**, do CPC, que traz um rol **meramente exemplificativo** das medidas de apoio de que pode se valer o magistrado para a entrega da chamada tutela específica. A tal desiderato, como afirmei no voto antes proferido, o mencionado artigo permite até mesmo a criação de outras medidas coercitivas não previstas explicitamente, à vista da fórmula aberta "tais como" contida no seu bojo.

Relembro aqui a lapidar lição de Dinamarco acerca da abertura permitida pelo art. 461, § 5º, do CPC:

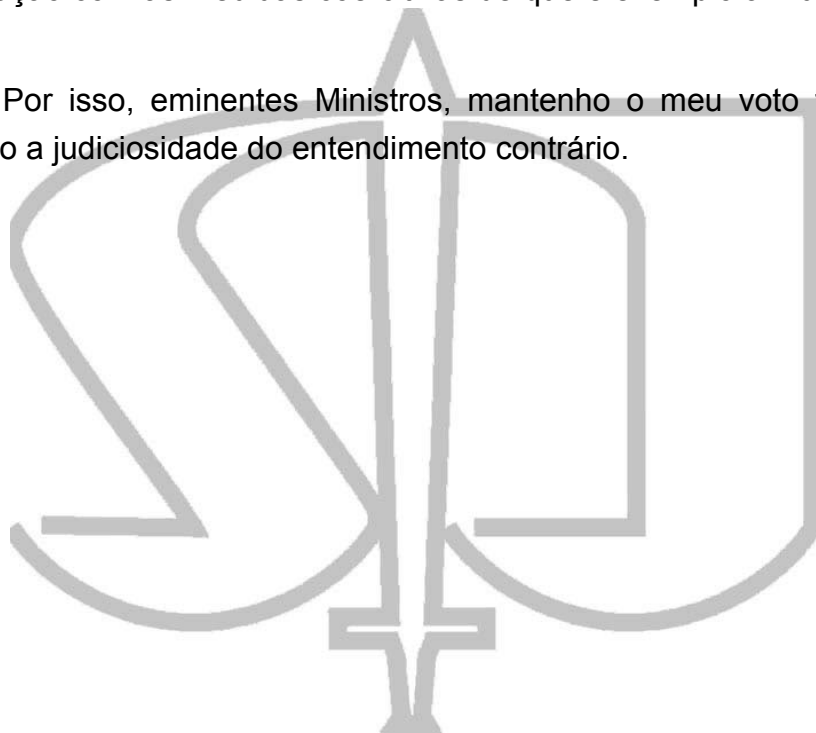
Com vista a promover a efetiva realização dos direitos e conseqüente plenitude da tutela jurisdicional executiva, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil contém uma abertura muito grande para as medidas a serem impostas sobre a vontade do obrigado ou sobre seu patrimônio (medidas de coerção ou de sub-rogação. Ele manda o juiz "determinar as medidas necessárias" e, **sem ressalvas ou restrições, passa à enumeração puramente exemplificativa dessas medidas, dizendo " ... 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". Isso significa que, para obter o cumprimento do preceito contido em sentença mandamental, **o juiz tem o poder de impor qualquer das medidas contidas na exemplificação e mais qualquer outra que as circunstâncias de cada caso concreto exijam e não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal**. Essa é a função sistemática das *normas de encerramento* - permitir que o intérprete vá além

Superior Tribunal de Justiça

da exemplificação, não se prendendo aos limites das tipificações contidas no texto legal (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume IV*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 453).

De resto, muito embora Sua Exa. o Ministro Marco Buzzi não vislumbre lacuna na lei, não consegui enxergar no voto proferido nenhuma indicação precisa de qual dispositivo legal chancelaria a exclusiva titularidade particular das *astreintes* - afora a indigitada analogia com o art. 461-A, § 2º, o qual, renovadas todas as *venias*, prevê uma medida satisfativa da própria obrigação principal e, por isso mesmo, não guarda nenhuma relação com as medidas coercitivas de que é exemplo a multa conhecida como *astreinte*.

Por isso, eminentes Ministros, mantenho o meu voto tal como proferido, reconhecendo a judiciosidade do entendimento contrário.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2007/0270558-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.006.473 / PR

Números Origem: 200270000271729 200470000140048

PAUTA: 03/05/2012

JULGADO: 08/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **ANADIR MAINARDES DA SILVA E OUTRO**
ADVOGADO : **IVONE PAVATO BATISTA**
RECORRIDO : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADVOGADO : **SÉRGIO AUGUSTO FAGUNDES E OUTRO(S)**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cheque

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando parcial provimento ao recurso especial, mas com fundamentação diversa, divergindo em parte do relator, e o voto do Ministro Raul Araujo, acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, para reduzir a multa, sem a partilha proposta, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi. Vencido, em parte, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão. Lavrará o acórdão o Ministro Marco Buzzi.

Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.