

Nélio Zattar de Mello Carneiro Salles

**Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e Revisão da Multa
Periódica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo de Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto.

São Paulo

2020

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos

Assinatura: _____

Data: _____

e-mail: _____

Salles, Nélio Zattar de Mello Carneiro
Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e
Revisão da Multa Periódica. – São Paulo: [s. n.], 2020.
149 p.

Orientador: Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos
Pós-Graduados em Direito, 2020.

Área de concentração: Efetividade do Direito Privado
e Liberdades Civis.

1. Assunto. 2. Assunto. 3. Assunto. I. Oliveira Neto, Olavo
de. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III.
Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e
Revisão da Multa Periódica.

Nélio Zattar de Mello Carneiro Salles

**Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e Revisão da Multa
Periódica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo de Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto.

Aprovado em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.

Instituição

Prof. Dr.

Instituição

Prof. Dr.

Instituição

RESUMO

O código de processo civil de 2015 tem como grande característica a busca pela efetividade da jurisdição com a satisfação da tutela buscada pelo jurisdicionado, de forma eficiente e dentro de um prazo razoável.

Em que pese haver outros meios para a concretização da efetividade processual, este estudo abordará tão somente as medidas coercitivas típicas, já que a aplicação destas medidas pelos Tribunais vem sofrendo efeito distinto daquele almejado pelo legislador.

Objetiva-se delinear a aplicação da multa periódica pelos Tribunais, bem como a posição doutrinária sobre tema, demonstrando, inclusive, que decisões contra texto literal de lei vêm sendo prolatadas para mitigar este meio coercitivo, haja vista a jurisprudência majoritária que possibilita a redução do valor da multa periódica vencida. Este estudo suscitará, portanto, uma análise crítica da interpretação legal desta medida coercitiva, demonstrando que, da forma como aplicada, há clara redução da sua coerção ao devedor, influenciando diretamente no cumprimento do princípio da efetividade, tão almejado pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, após apontar as críticas, indica propostas para que a referida medida alcance sua finalidade: cumprimento e satisfação das ordens judiciais, que compõem a verdadeira problemática.

Quanto a metodologia, trata-se de estudo descritivo-analítico, com desenvolvimento de pesquisa bibliográfica. Quanto ao tipo, livros, artigos e publicações que tratam da temática abordada. A metodologia é pura e qualitativa e os objetivos são descritivos, com fito de esclarecer a problemática, bem como exploratória, aprofundando o assunto.

Palavras-chave: Multa periódica. Efetividade do Processo. Medidas coercitivas típicas. Princípios. Poder-dever do juiz.

ABSTRACT

The code of civil procedure of 2015 has as its great characteristic the search for procedural effectiveness with the satisfaction of the guardianship sought by the jurisdiction, efficiently and within a reasonable time.

Despite other means for the realization of procedural effectiveness, this study will address only the typical coercive measures, since their application by the Courts has been suffering an effect different from that desired by the legislator.

The objective is to outline the application of the periodic fine by the Courts, as well as the doctrinal position on the subject, even demonstrating that decisions against literal text of law have been prolated to mitigate this coercive medium, given the majority jurisprudence that may reduce the value of the periodic fine won. This article will therefore give rise to a critical analysis of the legal interpretation of this coercive measure, demonstrating that, as applied, there is a clear reduction of its coercion to the debtor, directly influencing the fulfillment of the principle of effectiveness, so desired by the legislature of the Code of Civil Procedure of 2015.

This study will therefore give rise to a critical analysis of the legal interpretation of this coercive measure, demonstrating that, as applied, there is a clear reduction of its coercion to the debtor, directly influencing the fulfillment of the principle of effectiveness, so desired by the legislator of the Code of Civil Procedure of 2015.

As for the methodology, it is a descriptive-analytical study, with the development of bibliographic research. As for the type, books, articles and publications that deal with the theme addressed. The methodology is pure and qualitative and the objectives are descriptive, in order to clarify the problem, as well as exploratory, deepening the subject.

Keywords: Coercive typical measures. Effectiveness. Judge's power-duty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.2 Princípios	27
1.2.1 Princípio da Razoabilidade	34
1.2.2 Princípio da Proporcionalidade	39
1.2.3 Distinções entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	45
2 MEDIDAS COERCITIVAS	49
2.1 Medidas Coercitivas Típicas	59
2.1.1 Multa Periódica	66
2.1.1.1 Periodicidade	74
2.1.1.2 Exclusão da Multa Periódica	78
2.1.1.3 Revisão da Multa Periódica	82
2.1.1.3.1 Revisão da Multa Periódica Vencida	86
2.1.1.3.2 Revisão da Multa Periódica Pela Invocação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade	88
2.1.1.3.3 Revisão da Multa Periódica Pela Invocação do Princípio da Vedação ao Enriquecimento Sem Causa	93
2.1.1.4 Critérios de Fixação e Limitação	97
2.1.1.5 Execução Provisória	101
3 Critérios balizadores para a fixação da multa periódica: Revisão da doutrina e jurisprudência	106
3.1 Princípio da razoabilidade como critério de quantificação pelo juiz na aplicação das multas periódicas	108
3.1.1 Razoabilidade como equivalência no momento da fixação da multa periódica	109
3.1.2 Razoabilidade como equivalência no cálculo final da multa periódica	116
3.2 Princípio da proporcionalidade como critério de quantificação da multa periódica	121
3.3 Princípio da vedação do enriquecimento sem causa como critério de quantificação da multa periódica	128
3.4 Critérios Fixadores e Limitadores da Multa Periódica: Uma análise crítica propositiva	131
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144

INTRODUÇÃO

Uma das maiores mazelas e reclamações da sociedade em face da Justiça é, sem sombra de dúvidas, a demora na prestação jurisdicional do Estado aos conflitos de interesses que lhes são apresentados, bem como a rotineira ineficácia das efetivações das decisões judiciais, acarretando a descrença de parte da população com a Justiça pátria.

Os processos em massa, que em quase sua ampla maioria são tratados individualmente e que quase sempre tratam do mesmo assunto, além da maneira de se portar do Estado - que o torna o maior litigante nos tribunais -, acarretam a exacerbação e acúmulo de trabalho que impedem que sejam julgados tantos processos quanto são distribuídos no ano. E, somam-se a estes processos, aqueles já pendentes de julgamento, tornando impossível um andamento célere e uma efetiva entrega jurisdicional a contento à população.

Além de sermos uma população e um Estado litigantes, a grande defasagem dos profissionais contratados, seja de juízes, ou auxiliares da Justiça, também são causas apontadas para uma demora na prestação jurisdicional.

A legislação vem avançando para que a Justiça se torne mais célere, sendo certo que antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o antigo Código Processual já sofreu algumas alterações visando uma maior efetividade do processo. As leis nº 11.323 /2005 e 11.382/ 2006 foram as que trouxeram mudanças mais significativas para o processo de execução, com a criação do cumprimento de sentença e várias alterações no processo de execução.

Já o Código de Processo Civil de 2015 sistematizou e positivou normas para melhorar a efetivação da prestação jurisdicional, incorporando, ainda, à legislação adjetiva princípios constitucionais tais como o da duração razoável do processo, da economia processual e da celeridade, além do princípio da eficiência (artigos 4º e 8º).

Assim, a busca pelo aperfeiçoamento da legislação para melhorar a velocidade ao cumprimento das decisões judiciais foi encampada pelo Novo Código de Processo Civil, conferindo aos juízes a possibilidade de tomar medidas adequadas ao caso concreto para torná-las mais efetivas, dispondo dois meios coercitivos para tanto: os típicos e atípicos.

O presente estudo, abordará, portanto, a multa periódica como meio coercitivo típico disposto na legislação adjetiva para compelir o devedor a entregar o bem objeto

da disputa judicial ao vencedor, excluindo-se do presente estudo a possibilidade de adoção de medidas atípicas, o que também é possível em decorrência do disposto no artigo 139, IV, do referido diploma legal.

Portanto, a busca pela eficiência e efetividade já pode ser encontrada no ordenamento jurídico, sendo certo ainda não há uma maturação da interpretação e aplicação da multa periódica, em que pese ser um instituto antigo no ordenamento jurídico.

E esta maturação passa, inicialmente, pela correta interpretação de princípios constitucionais invocados pela doutrina e pela jurisprudência para balizar os parâmetros de fixação da multa periódica.

Assim, este estudo abordará em seu primeiro capítulo as formas de interpretação constitucional, bem como a definição de princípios, normas, suas diferenças e pontos de tangenciamento. Outrossim, detalhará como a doutrina estabelece os elementos para aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para, ao final, utilizar-se deste fundamento para afastar a possibilidade de invocação destes princípios como norteadores do *quantum* a ser fixado pelo magistrado ou pago pelo devedor em caso de descumprimento da ordem judicial.

Já no segundo capítulo, este estudo abordará as medidas coercitivas típicas, indicando a sua evolução histórica, sua natureza jurídica, passando de forma perfunctória por alguns tipos de medida coercitiva típica, adentrando mais profundamente na multa periódica.

Neste capítulo, encontra-se posicionamento da doutrina e da jurisprudência quanto aos critérios de fixação e revisão da multa periódica, com breves considerações críticas quanto à interpretação destes critérios que, ao final e ao cabo, tendem a reduzir o grau de efetividade de coerção desta medida típica ante a invocação de princípios que não poderiam ser aplicados para reduzir a multa periódica, mormente a vencida, ante a sua impossibilidade por disposição literal de lei.

O terceiro capítulo aborda de forma aprofundada as razões pelas quais os princípios da proporcionalidade, razoabilidade ou enriquecimento sem causa não podem ser aplicados na análise da fixação do *quantum* da multa periódica, demonstrando, de forma pormenorizada que os elementos indispensáveis que devem ser preenchidos dos referidos princípios não são encontrados para a incidência destes na análise deste tipo de meio coercitivo.

Ao final deste capítulo, o autor propõe critérios de fixação e limitação da multa periódica, com base em elementos já identificados pela doutrina e pela jurisprudência que, se devidamente utilizados e perfeitamente fundamentados, reduzirão não só o debate judicial sobre o tema, mas também aumentarão a efetividade do processo que é, certamente, o que se busca com a adoção de medidas coercitivas.

Do que se denota com este estudo é que a carência de fundamentação, não só ao dispor sobre quais os critérios utilizados para fixar a multa periódica, como também para a invocação de princípios para revisão desta multa, acarreta não só em uma insegurança jurídica para os jurisdicionados que são partes de processo em que a multa é fixada, como também reduzem sobremaneira a coercitividade tão almejada pelo legislador.

Portanto, como os Tribunais estão aplicando a multa periódica é possível concluir pelo esvaziamento da coerção como forma de dar efetividade ao processo. Eis que há uma enorme tendência em mitigar os efeitos da coerção pela revisão do valor da multa periódica, sendo dever da doutrina instigar os magistrados a rever esta posição jurisdicional, sendo certo que este é o real mote deste estudo.

1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A breve origem histórica indica que o termo Constituição foi utilizado desde a Antiguidade, mas não tinha o sentido preciso que adquiriu nos finais do século XVIII. No Baixo Império Romano, *constitutio* era o termo usual para designar qualquer lei feita pelo imperador; na Idade Média e na época moderna, mantém o sentido geral de lei, mas é utilizado concorrentemente com outros termos, muitas vezes mais usuais como: *ordonnances*, estatutos e decretos.

Porém, foi a partir do século XVIII que o termo Constituição começou a ser geralmente utilizado para indicar o conjunto das estruturas de uma sociedade política, sobretudo os seus órgãos legislativos e executivos, aquilo que também se chama desde então de direito público¹.

Portanto, no século XVIII identifica-se que a França foi a percussora ao proclamar a Assembleia Constituinte desde junho de 1789 – que trabalhou por 2 anos para que fosse elaborada a Constituição Francesa (1791), quando a nação, e não mais o rei, se tornou a soberana.

Já naquela época, todos os poderes passaram a emanar da nação. O que começou a ser proclamado, na maior parte das constituições, era a ideia de fixar os princípios do direito público em uma Constituição escrita. E isso já tinha sido posto em prática pelos Estados Unidos, inicialmente em onze dos treze Estados que tinham se proclamado independentes.

Desde então, reserva-se a palavra Constituição para o ato legislativo escrito no qual o regime político - a forma de governo – do país é fixado. A Constituição Federal de cada país indica o modelo de Estado que está sendo constituído naquele território, estrutura de governo, opção de políticas públicas, legislativas, sociais e jurídicas.

Antes contudo, Gomes Canotilho afirma que a teoria da Constituição não se limita à tarefa de identificação ou descoberta dos problemas políticos constitucionais, tampouco à função de elementos concretizados das normas da Lei Fundamental, antes servindo, também, para racionalização a pré-compreensão constitucional.²

¹ GILISSEN, John. **Introdução História ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 51.

E esta pré-compreensão constitucional consiste em saber se considerar-se-á apenas como Constituição jurídica, simples estatuto organizatório ou mero instrumento de governo, no qual se regulam processos e se definem competências; ou, pelo contrário, se deve-se admiti-la mais amplamente, como Constituição política, capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja programas e determine tarefas.³

Seguindo o pensamento sobre a Constituição, nas palavras de Luis Roberto Barroso, em breve análise sobre os poderes da Constituição, indica que a Constituição

contém arcabouço da organização política do Estado. Ela institui os órgãos da soberania, define lhes a competência e determina as formas e processos de exercício do poder político. (...) Além de organizar o exercício do poder político, todas as Constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal. Embora existam dissensões doutrinárias, fulcradas, sobretudo, em sutilizadas semânticas, e haja discrepância na linguagem do Direito Constitucional positivo, é possível agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes categorias que os repartem em: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.⁴

Inúmeros foram aqueles que estudaram o conceito e o objeto da Constituição, merecendo destaque: (a) Ernsrt Forsthoff - Constituição como garantia do status quo econômico e social; (b) Hennis - Constituição como instrumento de governo; (c) Peter Häberle - Constituição como processo público; (d) Burdeau - Constituição como legitimação do poder soberano; e (e) Hesse - Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta.⁵

A teoria mais prestigiada e talvez que se espelhe mais é a de Konrad Hesse, que propagou que a Constituição deve ser entendida como uma ordem fundamental ou como estrutura jurídica, de acordo com princípios fundamentais.⁶

Assim, a Constituição está localizada no topo de uma estrutura hierarquizada de normas, que é o apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, que se desencadeia o processo de produção normativa.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Federal Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 113.

⁶ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Ordenamento Jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, G. F. (Coord.). **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 06-12.

O objeto deste estudo volta-se a abordar a forte posição jurisprudencial e doutrinária quanto à aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como parâmetros limitadores do poder do juiz na aplicação das medidas coercitivas atípicas, bem como critério de quantificação das *astreintes*, seja no ato de sua fixação, seja na análise de sua quantificação final, em sede de cumprimento de sentença.

Recorre-se, portanto, a princípios constitucionais, utilizando-os como parâmetros para analisar se o valor final da multa diária estaria adequada à obrigação imposta, ou se a medida coercitiva atípica que fixou qualquer limitação ao devedor está de acordo com a finalidade que se deseja alcançar.

A utilização da Constituição como norte da interpretação de todas as outras legislações infraconstitucionais ganhou força, conforme nos ensina Luís Roberto Barroso, no final do século XX:

A teoria jurídica do século XIX havia sido construída, predominantemente, sobre as categorias do direito privado. O Século XIX começa com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, e termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição, como assinalado acima. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Como consequência, reitera-se, toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional.⁷

Javier Péres Royo ratifica o posicionamento de Barroso acima exposto, demonstrando que na Espanha ou na Europa, a Constituição não possuía a mesma força que possui atualmente, seja na interpretação das leis, seja na sua força normativa:

La interpretación de la Constitución no há sido incluída hasta fecha muy reciente em la exposición del Derecho Constitucional. Ni em Espanã ni em ningún país europeo. Esto no es opinión, esto es información, como reza uma de las reglas de oro del periodismo serio. Basta consultar los Manuales o Tratados de Drecho Constitucional del siglo pasado o de las primeiras décadas de éste, para compobario. Ninguno de ellos contenía no ya uma lección, sino ni siqueira um apartado dedicado a la interpretación de la Constitución. Se trataba de uma cuestión inexistente. A nadie se le ocurrió que ahí pudiera haber um problema y, em consecuencia, a nadie se le pasó por uma imaginación incluirlo em la exposición. Esta há sido la tradicio europea em la Ciencia del Derecho Constitucional. L a inercer es tan fuerte, que todavia hou es frecuente que se haga la

⁷ *Ob. cit.*, p. 346.

exposición del Derecho Constitucional sin tomar em consideración de la Constitución como um problema específico.⁸

Destarte, tendo em vista que a interpretação do ordenamento jurídico de acordo com a Constituição Federal não é tão nova, também se deve maturar melhor o estudo da interpretação constitucional, já que esta é fundamental para interpretar e aplicar as regras jurídicas, sendo, portanto, um problema específico inicial o estudo da interpretação constitucional para, a partir daí, a interpretação do sistema jurídico como um todo.

Isto porque, sendo falha a forma de interpretação constitucional, seja na sua forma de atuação e alcance, seja na aplicação de seus valores e interpretação das normas, o estudo do ordenamento jurídico será equivocado, eis que partem de premissas estudadas erroneamente, sendo, portanto, indispensável o correto entendimento da interpretação constitucional para que a Constituição seja devidamente aplicada aos cidadãos.

Tal força constitucional foi tão fortemente recebida pelo ordenamento pátrio e aplicadores do Direito, que, em pouco tempo, a Constituição já fazia parte na denominação de cadeiras nas universidades, como o Direito Civil Constitucional e o Direito Processual Constitucional, sendo certo que o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015 e ao replicar princípios constitucionais na referida lei, ratificou a tendência doutrinária com o modelo constitucional do processo, reafirmando a necessidade de interpretação de todas as normais processuais de acordo com a Constituição Federal.

A Constituição a partir desta nova sistemática passou a ser o centro de todo o sistema jurídico, sendo que as leis infraconstitucionais passaram a sofrer o controle direto da Constituição. Eis que devem ser interpretados de acordo com esta ou serem consideradas inconstitucionais.

Isto porque a Constituição expressa os valores almejados pela sociedade, além dos direitos fundamentais e garantias de todos os cidadãos, não podendo ser válido no mundo jurídico qualquer disposição legal que vá de encontro ao referido documento político fundante do Estado Democrático de Direito.

⁸ ROYO, Javier Péres. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons: 2007. p. 115.

Acerca da nova posição da Constituição, com o surgimento do neoconstitucionalismo, Marcio Pugliese destacou de forma didática e clara as características dessa nova abordagem constitucional na interpretação do Direito:

- a) o reconhecimento da superioridade das normas constitucionais sobre as demais;
- b) o reconhecimento do caráter normativo da Constituição e, em particular, daquelas que representam princípios;
- c) todas as normas infraconstitucionais são interpretadas a partir da Constituição e invalidadas se desta divergirem, mesmo que em confronto com o Direito Privado (filtragem constitucional);
- d) após escolha de patamares ideológicos, assumir posicionamento programático diretivo a fim de realização a interpretação constitucional.⁹

Dos ensinamentos trazidos por Marcio Pugliese, verifica-se que, além de as normas constitucionais serem hierarquicamente superiores às demais, possuindo caráter normativo, e que as demais normas devem ser interpretadas de acordo com a Constituição – como já esposado acima -, este é um documento político, que expressa o caráter ideológico que deverá ser seguido quando da interpretação da Constituição e das demais normas.

E a ideologia a ser seguida não necessariamente deve ser àquela contemporânea à promulgação da Constituição Federal, eis que esta é basicamente constituída de normas abertas e princípios, que devem ser interpretados à luz do tempo de sua interpretação, eis que a sociedade sofre mutação em seus anseios ante a alteração constante do mundo.

Neste sentido, Cristina Queiroz defende

O direito constitucional criado pelo poder constituinte pretende de forma consciente ser complementado e colmatado. Ele próprio remete, repetidas vezes, para normas de aplicação, que regulam alguns aspectos de detalhe, utilizando conceitos ou expressando fórmulas que se manifestam em larga medida como “necessitadas de concretização”.¹⁰

Aliás, os dispositivos constitucionais são assim elaborados exatamente para que sejam evitadas alterações constitucionais corriqueiras, possibilitando que a sua

⁹ PUGLIESE, Marcio. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro [et al.] (Org.). **Hermenêutica Constitucional**: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. São Paulo: Conceito Editorial, 2010. p. 523.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 109.

interpretação se molde ao tempo, garantindo uma maior hígidez aos textos constitucionais.

Exemplo de uma Constituição bastante hígida e que sua interpretação se amolda ao tempo é o da Constituição Americana, promulgada em 1787, e que sofreu até o presente momento apenas 27 emendas, não abandonando o direito americano às adaptações dos anseios de sua sociedade ou ao mundo contemporâneo.¹¹

Como se sabe, não cabe aos Tribunais a criação de leis ou de normas jurídicas, sendo de competência do Legislativo, de acordo com as conjecturas da sociedade e os anseios da população, a elaboração de normas que alcancem a finalidade almejada naquele momento.

A função dos Tribunais é exatamente interpretar as leis de acordo com a Constituição e a Constituição de acordo com a intenção dos constituintes e a evolução da sociedade no tempo, concedendo a cada Poder a competência que lhes foi atribuída na Carta Magna.

Sobre este tema, nova importante lição de Marcio Pugliese:

Para regular situações novas, o Legislativo, segundo a presente conjectura, é provocado por grupos de pressão ou por iniciativa do Executivo, a fim de produzir normas necessárias e de interesse para o caso em questão. Isto é, contrariamente ao que se supõe, as normas não promanam de um seráfico e intangível legislador, mas de um conjunto de homens que vivem sua época e são afetados pelas influências e poderes de seu tempo, opondo-se a alguns e compondo-se com outros, no vasto tecido das intenções e interesses sociais e particulares.¹²

É notório que atualmente haja muita discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do ativismo judiciário e até onde a interpretação constitucional acaba por criar leis quando não há dispositivo específico para tratar do caso concreto. Diante da omissão legislativa, o Poder Judiciário vem, em todas as suas esferas, suprindo esta lacuna, julgando demandas e socorrendo aos princípios da Constituição Federal, como a isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros.

¹¹ “cada interpretação modifica ou altera o direito. É por isso mesmo “desenvolvimento jurídico em sentido amplo”. Esse distingue-se do “desenvolvimento jurídico em sentido estrito” que ocorre quando a norma não pode ser decidida no quadro de seu teor literal. Aquilo que se designa por “normas constitucionais não escritas” inferem-se das “cláusulas abertas” (openended provisions) da constituição. Por isso num Estado federal, como os Estados Unidos, vem inscritas competências constitucionais não escritas da Federação como “implied powers”. A mais conhecida é, sem dúvida, o próprio “direito judicial de controle” (judicial review), que não se encontrava como tal implicitamente consignado na Constituição Federal de 1787. (QUEIROZ, Cristina, *Idem*, p. 116).

¹² *Ob. cit.*, p. 528.

Em que pese esta discussão sobre o ativismo judiciário, não há qualquer discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a separação dos Poderes e a competência de cada um deles devidamente especificada na Constituição, mas, sim, o alcance da competência do Poder Judiciário para julgar casos em que há omissão legislativa – que pode ser propositada ou não. Isto porque, esta omissão demanda do Poder Judiciário uma resposta ao caso concreto, tendo que resolver situações ainda não positivadas ao julgar os casos concretos.

Não é necessário muito esmero para concluir que o Poder Legislativo pode se omitir na elaboração de qualquer lei, seja por ausência de consenso sobre a matéria, seja por entender que a opinião da sociedade sobre o tema ainda não está madura o suficiente para a regulação de certa situação, dentre outros motivos. Todavia, ao Judiciário não há esta possibilidade de omissão, sendo de seu mister dar solução a todas às demandas que lhes for submetida, podendo recorrer ou não à Constituição para aplicar o melhor direito ao caso concreto.

E quando há a necessidade da realização da interpretação constitucional, deve se ter em conta que esta se difere da interpretação de todas as outras normas jurídicas em geral, pois, enquanto nessa se busca a Justiça, naquelas se buscam a manutenção dos limites constitucionais fixados. Neste sentido, Javier Pérez Royo:

Y es que el objetivo de la interpretación constitucional es completamente distinto del de la interpretación jurídica em general. Em la interpretación jurídica rige la igualdad. Por eso la interpretación tiene que estar destinada a hacer justicia, a buscar lo mejor. Em la interpretación constitucional rige el privilegio. Se trata de um “privilegio igualitario”, democráticamente definido, democráticamente legitimado. Pero es um privilegio interpretativo del legislador. Siempre que el privilegio no traspase el limite fijado por el constituyente, debe ser mantenido.¹³

E esta interpretação constitucional para que sejam mantidos os limites constitucionais no caso concreto deverá analisar se determinada lei que visa regular uma situação fática está de acordo com o texto constitucional, não de forma literal, mas, sim, pelo conjunto de suas regras e princípios, sendo certo que sempre será possível, no julgamento do caso concreto, colisão entre eles, o que demandará do julgador a aplicação da norma ou princípio que mais se adequa ao Direito que a Constituição visa proteger ou ter como meta de alcance.

¹³ *Ob. cit.*, p. 121.

Tal situação pode ser exemplificada quando do julgamento da constitucionalidade das cotas raciais, eis que analisada o limite do princípio da isonomia e seu alcance, e se, de acordo com a situação fática narrada e amplamente conhecida (acesso precário dos negros e pardos às Universidades Públicas), seria constitucional considerar a ausência de igualdade entre os brancos e negros que possibilitasse um benefício a um determinado grupo em detrimento de outro.¹⁴

Naquele julgamento, portanto, o que foi julgado foi o limite do princípio da isonomia e sua aplicação em casos concretos, indicando pela Constitucionalidade da diferenciação racial ou econômica para que fosse reduzido uma desigualdade material criada pela sociedade, adequando-a à Constituição Federal.

Portanto, como se extrai da lição acima de Javier Royo, na interpretação constitucional se analisa um privilégio igualitário a todos os pertencentes àquele grupo de pessoas que serão afetadas pelo julgamento.

Ainda com relação à interpretação da Constituição como limite político e jurídico ao Poder Legislativo, Cristina Queiroz, indica o problema da interpretação constitucional e sua aplicação direta como limitador destas atividades políticas e jurídicas, demonstrando de forma clara que tal situação não acarretaria uma hierarquia entre normas, mas, sim de uma coordenação entre as funções do Estado:

O problema da interpretação constitucional só surge como problema jurídico quanto a constituição vem compreendida não apenas como limite político, mas ainda como limite jurídico ao poder legislativo. A supremacia da constituição não compreende, nem sentido estritamente técnico-jurídico, uma limitação do conteúdo da constituição em nome da livre concepção política do legislador. A integridade da constituição, a sua indisponibilidade, impedem uma interpretação restritiva dos seus conteúdos jurídicos-constitucionais. Isso implica, no limite, não uma hierarquia entre as normas jurídicas, mas uma coordenação entre as funções do Estado.¹⁵

Assim, enquanto os textos normativos de lei – que, interpretados, tornam-se normas jurídicas - visam a solução concreta de situações jurídicas pelo modo simples da subsunção, ligando o fato à consequência jurídica encontrado no dispositivo legal, a interpretação constitucional depende da análise interpretativa de valoração, utilizando-se a ponderação de valores para melhor aplicar o Direito.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 / DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 01 dez.2020.

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 134.

Portanto, para interpretação dos textos normativos, aplicados nos casos “fáceis”, o intérprete poderá na criação da norma jurídica utilizar-se de um ou mais dispositivos para aplicar a correta consequência jurídica ao fato regulado especificamente pelo legislador, sem, contudo, exigir do magistrado, nestas hipóteses, a realização de ponderação de valores ou recorrer-se a princípios.

A interpretação constitucional será realizada sempre que o magistrado se deparar com os chamados “*hard cases*” ou seja, quando não é possível encontrar textos normativos que enquadrem a situação jurídica posta, ou, ainda, quando há conflito de normas e princípios que podem ser aplicados aos casos, além da interpretação de cláusulas abertas ou conceitos indeterminados.

Nos “*hard cases*”, portanto, a solução jurídica é construída pela argumentação, pela utilização de parâmetros valorativos da sociedade e que possam ser encontrados em princípios constitucionais que embasem a fundamentação da decisão judicial. Sobre o tema, Barroso explica:

Passa-se, por fim, à ideia de casos difíceis. Casos fáceis são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo. (...). A verdade, porém, é que para bem e para mal, a vida nem sempre é fácil assim. Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá que ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. (...).

Portanto, casos difíceis são aqueles que, devido a razões diversas, não têm uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de produtos jurídicos. Eles exigem a construção artesanal da decisão, mediante uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese.¹⁶

Do que se extrai destes ensinamentos, é que a interpretação constitucional deve ser realizada utilizando-se como base valores da sociedade e a intenção do legislador ao criar aquela norma, respeitando-se os limites constitucionais tanto na elaboração da lei quanto em sua aplicação.

As características da nova abordagem constitucional podem ser vistas sem sombra de dúvidas na aplicação das medidas coercitivas atípicas, pois estas, repise-se, vêm sendo aplicadas de acordo com a interpretação e aplicação de princípios constitucionais que, na ampla maioria das vezes, limitam seu objeto de fixação.

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 347-348.

Uma das críticas à interpretação constitucional pode ser encontrada na aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como limitadores de aplicação das medidas atípicas e como parâmetro para quantificação das *astreintes*, que é justamente a questão epistêmico-metodológica na interpretação constitucional, pois não há clara indicação da razão pela qual seria possível utilizar estes princípios para parametrizar a legalidade da medida coercitiva atípica a ser imposta ou, ainda, o valor final das *astreintes*.

Do que se pode extrair desde já é que os magistrados utilizam de certo poder discricionário no sentido da liberdade do poder de decisão, eis que não estariam vinculados a nenhum padrão pré-estabelecido, para parametrizar estas medidas coercitivas.

Todavia, acerca da discricionariedade judicial, João Batista Lopes, em esclarecedor artigo sobre este tema, afirma categoricamente que não há, em qualquer hipótese, discricionariedade judicial, eis que os magistrados devem se pautar sempre pela necessidade, e não pela conveniência e oportunidade:

Afigura-se decisivo para o deslinde de a questão assinalar que a atividade jurisdicional é regida pela *necessidade*, que constitui elemento do *interesse de agir*, e não pela *conveniência* ou *oportunidade*, critérios adequados à atividade administrativa.

Por outras palavras, diante de pretensão deduzida em juízo pelo autor, o juiz deve perguntar: ele tem necessidade da tutela jurisdicional? Por exemplo, se o autor ingressa com pedido de tutela antecipada objetivando ordem para realização de cirurgia, o juiz deve indagar: há necessidade da medida pleiteada?

Como ressalta claro, não há, no exemplo mencionado, lugar para discussão sobre oportunidade ou conveniência, circunstâncias estranhas ao interesse de agir.¹⁷

Portanto, para análise da aplicação das medidas atípicas ou quantificação da multa periódica, não haverá a necessidade de qualquer exame discricionário do magistrado, mas tão somente a verificação se ambas são ou necessárias para a efetividade do processou, ou se os valores fixados são necessários ao cumprimento da ordem judicial.

Sobre esta eventual discricionariedade judicial, Ronald Dworkin já se manifestou incisivamente contrária a ela, mormente quando na ausência de regras claras para a aplicação da lei e a invocação de princípios:

¹⁷ LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. **Revista de Processo**, v. 274, p. 79-97, dez. 2017. p. 06.

É tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara e disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar. Além disso, ela não tem nenhuma relevância para o problema de como explicar os princípios jurídicos. (...). Os positivistas falam como se sua doutrina do poder discricionário judicial fosse um *insight* e não uma tautologia; como se ela tivesse alguma incidência sobre a análise dos princípios.¹⁸

Assim, na quantificação das multas periódicas não haveria regra clara e disponível para as suas fixações, indagando-se se será que é correto ao magistrado utilizar-se de sua discricionariedade para o cumprimento da efetividade da jurisdição, invocando princípios para tornar a discricionariedade positiva? Esta é a resposta que se pretende apresentar no presente estudo.

Quanto à interpretação das medidas coercitivas atípicas e da quantificação da multa periódica, ambas com fundamento nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, indaga-se se seria correta a invocação destes princípios como balizadores das referidas medidas coercitivas. E, caso a resposta for positiva, se deve levar em consideração: (a) eventuais limites constitucionais em sua fixação; e, (b) intenção do legislador ao criá-las de forma indeterminada, deixando a cargo da evolução da sociedade, criatividade dos advogados e controle do magistrado a criação e aplicação de medidas que alcancem a principal finalidade do processo: a efetividade da jurisdição.

Nesta senda, diante da recentíssima finalidade do legislador em dar efetividade às decisões judiciais e criar mecanismos jurídicos para outorgar mais poderes ao juiz para concretizar esta intenção legislativa, a interpretação constitucional deve voltar-se em auxiliar a lei infraconstitucional em dar mais eficiência ao processo e mais efetividade às medidas coercitivas atípicas, cumprindo, ainda, outros princípios constitucionais como o da duração razoável do processo e economia processual.

Sobre este tema, novamente pode-se encontrar importante lição de Marcio Pugliese, que enfatiza que a Constituição a utiliza para tornar as normas concretizadoras da finalidade da lei e os anseios da sociedade:

Os textos legais, inclusive a Constituição, insertos no conjunto dos projetos de uma dada Sociedade (cultura) precisam da atividade política para se tornarem normas concretizadas e comporem o conjunto dos demais objetos dessa Sociedade (Civilização). Moída por essa dialogia (no âmbito de uma

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 55.

lógica material) e tensão conflitiva se desfaz num processo de amadurecimento decisório político, mantendo a homeostase do sistema social.¹⁹

Isto não significa dizer que a Constituição não possui como característica uma filtragem das leis infraconstitucionais e nem que estas não devem ser interpretadas de acordo com os mandamentos constitucionais, mas, sim, que as leis devem ser interpretadas de acordo com suas finalidades e que a Constituição deve ser utilizada como instrumento de apoio às leis naqueles dispositivos que não forem objeto de impugnação de sua inconstitucionalidade.

Até porque, como se sabe, a melhor interpretação constitucional não é declarar a torto e direito a inconstitucionalidade de dispositivos legais, mas, sim, de aproveitar ao máximo as legislações elaboradas, sendo somente o último caso a declaração de inconstitucionalidade das leis.

Para salvaguardar as leis, o Supremo Tribunal Federal utiliza o instrumento da interpretação conforme à Constituição, que mantendo hígido o texto legislativo, interpreta a lei de acordo com a Constituição Federal. É o que ensina Paulo Bonavides:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional.²⁰

Trazendo novamente o estudo às medidas coercitivas atípica e típica (especificamente na multa periódica) e sua limitação de fixação com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é certo que será necessário, inicialmente, distinguir o princípio da razoabilidade do da proporcionalidade, eis que são autônomos e com definições distintas, para ao final, alcançar a correta interpretação constitucional das medidas executivas atípicas e a (in)correta parametrização de sua aplicação por estes princípios constitucionais.

Nas palavras de Hesse, a tarefa da interpretação constitucional seria:

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 530.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 474.

a de encontrar o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável, e de fundamentar esse resultado, de modo igualmente racional e controlável, por forma e gerar a certeza e previsibilidade jurídicas, não o simples acaso, o da decisão pela decisão.²¹

Assim, a indeterminação do texto trazida no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, que gera as inquietudes quanto aos limites dos poderes do juiz em aplicar as medidas coercitivas atípicas devem ser interpretadas de acordo com o texto constitucional e finalidade da legislação adjetiva, dando previsibilidade ao jurisdicionado e pacificando o tema, trazendo determinação da norma jurídica.

Isto porque, somente com a interpretação do texto da norma e a criação da norma jurídica é que se dá a concretização dos direitos, sendo que a fundamentação caso a caso da legalidade da medida coercitiva atípica a ser aplicada deve ser parametrizada com conceitos prévios, determinados, claros, e, principalmente, objetivos, não por conceitos abstratos e gerais, como os princípios.

Sobre este ponto de pacificação da interpretação de indeterminação do texto e da norma, Cristina Queiroz, fazendo abordagem com conceitos de diversos juristas, esclarece a forma de realização da interpretação:

Perry distingue entre a “indeterminação do texto e a indeterminação da norma que resulta da interpretação desse texto a um contexto particular. A primeira obedece a uma “lógica dedutiva”. A segunda a uma lógica não dedutiva. É nesta segunda fase de determinação ou concretização da norma que tem lugar a decisão do caso particular. Essa concretização implica uma escolha constitutiva, uma decisão criativa, uma espécie e decisão legislativa.²²

Como visto acima na lição de Royo, a interpretação constitucional deve ser igualitária e de acordo com os limites fixados pelo constituinte, diferente da interpretação de normas jurídicas, que visam fazer Justiça no caso concreto. Partindo deste pressuposto e somada à necessidade de interpretação do texto indeterminado da norma disposta no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, há a necessidade de determinação da interpretação genérica da norma com parâmetros claros, objetivos e determinados.

Para tanto, é necessário o conhecimento dos métodos de interpretação constitucional que auxiliarão a interpretar se os princípios da proporcionalidade e

²¹ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.

²² *Ob. cit.*, p. 155.

razoabilidade devem ser utilizados como parâmetro dos limites dos juízes na fixação de medidas atípicas e a forma de interpretação destes princípios para que haja uma posição clara aos jurisdicionados do alcance destas medidas.

No caso da utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade não há muita explicação, repise-se, acerca da fundamentação jurídica do porquê estes princípios podem ser utilizados como parâmetro para ponderar a fixação da multa periódica, a não ser a própria interpretação literal de seus termos: se a aplicação das medidas coercitivas seriam razoáveis e proporcionais à finalidade de sua aplicação.

Sobre esta carência epistêmico-metodológica, Villey ensina a deficiência dos juristas em fundamentar corretamente a justificação da hermenêutica jurídica:

Mais, quelle que soit la procédure suivie dans l'invention du droit, nous constaterons toujours ce manque: le juriste omet de justifier, de fonder sa méthode de travail, ou de nous expliquer pourquoi les solutions devraient être tirées de telle ou telle source.²³

Portanto, o que aqui se pode extrair até o momento é que a interpretação constitucional para limitação dos poderes do juiz não poderá ser feita, com todas as vênias, de forma simplória e sem maiores fundamentações e justificativas que embasem o afastamento ou mitigação de importante opção legislativa que visa uma maior efetividade à prestação jurisdicional, incluído de forma categórica na legislação vigente para alcançar esta finalidade a utilização de medidas coercitivas atípicas.

Conclui-se, destarte, que foi opção do legislador ampliar os poderes do juiz para que este, aplicando medidas coercitivas atípicas, alcance a finalidade maior da jurisdição: aplicar o Direito e dar efetividade às decisões judiciais, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor.

A experiência do cotidiano dos processos mostra em repetidas e milhares de situações a impossibilidade de cumprimento de ordens judiciais e inadimplemento de ordens de pagamentos por ocultação de patrimônio do devedor, mesmo sendo possível encontrar uma vida de ostentação nas redes sociais. Os milhares de atos executórios que são realizados pelos exequentes movem a máquina do Judiciário e, por diversas das vezes, sem alcançar qualquer êxito na localização de patrimônio, tornando o processo inútil, acarretando a descrença da sociedade da efetividade do Poder Judiciário.

²³ VILLEY, Michel. *Philosophie du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1978. v. 1 e 2, p. 09.

É possível, portanto, extrair que sua finalidade pode ser embasada na intenção do legislador em cumprir princípios constitucionais da eficiência, efetividade, economia processual e duração razoável do processo, sendo possível utilizar a Constituição Federal como norte para defesa da aplicação destas medidas pelos magistrados.

E a aplicação do Direito de acordo com o que realmente acontece é um dos tipos de acepção do princípio da razoabilidade, qual seja, a razoabilidade como equidade, conforme nos ensina, novamente, Ávila:

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. Alguns casos ilustram essa exigência.

(...)

Na aplicação do Direito deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o contrário.

(...)

Na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário.²⁴

Considerando esta interpretação das normas de acordo com o que normalmente acontece no mundo fático, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil positivou um maior poder do juiz para neutralizar ou minimizar os efeitos dos atos realizados pelos devedores que tentam, ao máximo, furtar-se da obrigação imposta pelo magistrado.

Além das alegadas inconstitucionalidades das medidas coercitivas atípicas, tanto doutrinária, quanto objeto de ação direta de inconstitucionalidade que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal²⁵, que serão demonstradas mais à frente, o limite de suas aplicações e a já indicada utilização indiscriminada dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como balizador da fixação faz com que haja a necessidade de um estudo mais profundo da interpretação constitucional para concluir se é correta a posição jurisprudencial e doutrinária neste sentido.

Para a resposta da questão acima indicada não pode ser encontrada em um sistema automático lógico-dedutivo em que seja possível indicar que a medida coercitiva atípica viola referidos princípios, como utilizado amplamente pela jurisprudência tão logo a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

²⁴ *Ob. cit.*, p. 174.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 5.941**. Relator: Min. Luiz Fux, 15.05.2018.

O que se deve interpretar, inicialmente, é a forma de utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no processo civil, indicando se estes princípios neste âmbito do Direito distanciam-se destes mesmos princípios no âmbito da interpretação constitucional, utilizados basicamente para julgar conflito de regras.

Do que se denota desde já é a possibilidade de superação do entendimento da interpretação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como mera técnica de ponderação para a escolha da solução jurídica a ser fixada em caso de colisão de normas ou princípios para alcançar um caráter de parametrizador de Justiça, como nos casos, como visto, das medidas coercitivas atípicas.

Luís Roberto Barroso já indicou esse viés da interpretação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que vêm sendo aplicados nos Tribunais:

Por fim, merece nota especial, ainda uma vez, o princípio da razoabilidade, que tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, por parte de juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal. Com base nele tem-se feito o controle de legitimidade das desequilibradas entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos, de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública. O princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade, é por vezes utilizados para como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material -, porém mais comumente, desempenha papel instrumento na interpretação de outras normas.²⁶

Destaque-se que o ilustre jurista não apresenta seu juízo de valor na referida obra acerca deste viés do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, apenas indicando a existência desta corrente que é, inclusive, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Mais profundamente do que exposto por Barroso, Ávila indica que este viés é encontrado na proporcionalidade em sentido estrito, que, conforme se verificará em seguida, é um dos três elementos do princípio da proporcionalidade, e não em sua integridade:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentro os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas

²⁶ *Ob. cit.*, p 365.

pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).²⁷

E é, portanto, sobre esta interpretação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como parâmetro de limitação das medidas coercitivas atípicas e típica (*astreinte*) que se pretende estudar para concluir pela impossibilidade de mitigação da amplitude de utilização destas medidas para alcançar a efetividade da jurisdição.

Para tanto, será analisada a definição, normatividade e técnicas de interpretação dos princípios para, posteriormente, adentrar verticalmente nesta forma de interpretação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como parâmetro de Justiça pelo seu grau de indeterminação e insegurança jurídica.

1.2 Princípios

A palavra princípios, segundo a gramática, pode ser definida como “*o começo; o que ocorre ou existe primeiro que os demais.*”²⁸, sendo que esta definição pode ser encontrada também como definição dos princípios jurídicos, eis que alguns doutrinadores os conceituam como ponto de partida de um ordenamento jurídico.

No entanto, pela gramática, princípio também pode ser conceituado como “*o que fundamenta ou pode ser usado para embasar algo*”, também aproximando este conceito aos princípios jurídicos que, constantemente, são utilizados para fundamentar uma decisão judicial ou administrativa, sendo, portanto, nestes casos resultados da interpretação argumentativa jurídica.

Acerca desta diferenciação, Antonio-Enrique Pérez Luño, destaca, além do caráter de ponto de partida do ordenamento, a forma de atuação dos princípios no âmbito de acordo com cada operador do Direito, e as consequências de suas aplicações:

i) El término principio sugiere, lo mismo en el lenguaje filosófico que en el ordinario, la idea de inicio, origen o causa de algo. «Principio», afirma Ortega y Gasset, «es aquello que en un orden dado se halla antes que otro. Si A se halla antes que B, decimos que B sigue a A y que A antecede o precede a B» (1983, 8, 66).

No obstante, en el lenguaje jurídico los principios generales del derecho aparecen, las más de las veces, como las consecuencias o resultados: 1) de la actividad del legislador, quien de acuerdo con la concepción iuspositivista

²⁷ *Ob. cit.*, p. 183.

²⁸ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/principio/>. Acesso em: 01 maio 2020 às 15:11.

es quien define los principios como normas tácitas inducibles, por un proceso de abstracción y generalización, de las normas particulares del ordenamiento jurídico y es el propio legislador el que determina su papel como fuentes del derecho; 2) o de la actividad del juez, quien los establece a través de una interpretación analógica de las leyes o los descubre a partir de la naturaleza de las cosas o del derecho natural; 3) o de la doctrina, que los elucida en sus construcciones teóricas dirigidas al análisis, elaboración y sistematización de los sistemas jurídicos; 4) o se hace derivar su validez de la costumbre, es decir, del hecho reiterado de su invocación y aplicación como normas jurídicas; 5) o de las convicciones y aspiraciones morales que se manifiestan en las sociedades.²⁹

Da lição do festejado doutrinador espanhol, que, conforme se verificará a seguir, é um sério crítico aos princípios, declarando-os como “mitos jurídicos”, extrai-se que todos os operadores do Direito se socorrem aos princípios em seu âmbito de atuação; seja o legislador, que redige normas com certo grau de abstração na elaboração das leis; seja o juiz que o interpreta de acordo com a interpretação analógica para aplicar a lei de acordo com o conteúdo da lei; seja pela doutrina que o estuda na análise e interpretação do sistema jurídico.

Há muita divergência doutrinária sobre definição de princípio, sua distinção com as regras, sua normatividade e sua aplicação na interpretação do Direito. Famosos doutrinadores estudaram profundamente os princípios, sendo certo que há diversos pontos em comum e divergências entre a posição de cada um deles, razão pela qual é impossível destacar com total certeza a definição de princípio, onde ele se enquadra no sistema jurídico, bem como a sua normatividade e forma de aplicação.

Em sua obra específica sobre os princípios do processo na Constituição Federal, o ilustre jurista Nelson Nery Junior indica as falhas doutrinárias no entendimento a respeito dos princípios, regras, direito e garantia, concluindo que não adota nenhuma corrente dos pensamentos sobre estas matérias em decorrência destas falhas:

Pela exposição do pensamento de apenas alguns teóricos do direito, verifica-se que não é uniforme o entendimento a respeito dos conceitos de normas, princípio, regra, direito e garantia.

Talvez o pecado mais sério da doutrina hodierna seja o de tratar o tema mediante sincretismo, vale dizer, misturando-se as teorias que se utilizam de critérios e parâmetros distintos uns dos outros.

Por isso é que, até o momento, não adotamos nenhuma das correntes de pensamento formados acerca da conceituação do que seriam os princípios,

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los principios generales del derecho: ¿um mito jurídico?*, **Revista de Estudos Políticos**, Madrid, n. 98, out./dec. 1997, p. 10. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/45234/26764>. Acesso em: 01 maio 2020, às 16:00.

porquanto todas têm méritos e falhas, vantagens e desvantagens, coerências e incoerências.³⁰

É, portanto, tarefa árdua conceituar princípios e sua natureza e defini-lo com extrema certeza, eis que as correntes doutrinárias sobre eles são bastante bem fundamentadas e escritas por festejados doutrinadores.

Todavia, é possível indicar que os princípios possuem conteúdo normativo, em que pese seu grau de abstração e de generalidade, o que, segundo alguns doutrinadores, os tornariam muito diferentes das demais regras jurídicas.

Contudo, é possível estudar os princípios de acordo com uma linha teórica consistente com a utilização de uma corrente coerente com a finalidade deste estudo, pincelando, ainda, pontos divergentes que afastam uma teoria sobre o princípio de outras.

Mais à frente serão abordados doutrinadores que aproximam os princípios das regras, acreditando haver uma distinção fraca entre eles, bem como também será demonstrada a visão de juristas que entendem pela distinção forte entre regras e princípios, não sendo possível escolher acertadamente quais das duas correntes está correta, pois a própria distinção entre elas não é tão clara assim, sendo certo que esta discussão teórica não altera de forma substancial a forma de aplicação do princípio como interpretadores do Direito.

Assim como a interpretação constitucional já vista acima, que deve ser realizada de acordo com valores expressos na Constituição, os princípios também expressam valores constitucionais, sendo que sua normatividade depende da utilização da argumentação jurídica.

E esta generalidade e abstração do princípio também seria uma característica que o diferencie das regras, aproximando-se dos mandamentos constitucionais que, por muitas das vezes também são incompletos para, como já visto anteriormente, adaptar-se à evolução da sociedade.

Sobre esta ligação entre princípios e a Constituição Federal, Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli, indica que é comum este tipo de correlação exatamente pelas características em comum de seus mandamentos:

³⁰ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 34-35.

Não é sem motivo o fato de que muitos associam princípios jurídicos com a Constituição Federal, ou ao menos tendem a lembrar da Constituição quando se fala em princípios; as regras contidas na Constituição têm, em geral, alto grau de abstração, há muitas das chamadas normas pragmáticas, boa parte delas não é aplicável sem complementação legal, e, em regra, o operador do direito usa a Constituição aliada a um diploma legal de natureza mais técnica na prática forense.³¹

Pois bem. É ensinado já no início da faculdade de Direito a existência dos princípios e sua importância para o sistema jurídico, eis que são balizadores da interpretação jurídica ou na formação basilar das codificações, sendo, neste caso, pontos de partida para entendimento de determinado sistema.

O legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015, trouxe já no início do Código referência à constitucionalização e à importância dos princípios como normas estruturantes (artigos 1º ao 11º), sendo estes pontos de partida para a melhor interpretação e aplicação da legislação adjetiva nos casos concretos.

E, ao utilizar princípios como “mandamento nuclear”, é possível concluir que o legislador se filiou aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende que os princípios seriam ponto de partida para interpretação do sistema jurídico, sendo mais grave a sua violação de que uma norma:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica uma ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.³²

Sendo os princípios como mandamentos nucleares, todas as demais regras deveriam se adequar a ela, sob a consequência de ter sua interpretação realizada de acordo com o princípio que lhe rege, ou, ainda extirpada do ordenamento jurídico.

³¹ PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. **Teoria dos princípios e Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 07-08.

³² NERY JR., Nelson. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 932-933.

Nelson Nery Junior aduz que no pensamento de Dworkin, este considera que os “*princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico*”, e, portanto, são utilizados para interpretar regras de acordo com a Constituição.³³

Porém, esta posição encontra forte crítica, muito bem estruturada por Antonio-Enrique Pérez Luño, que considera, como já dito acima, princípios como “mitos jurídicos”, pois a abstração e generalidade dos princípios seriam incapazes de trazer a solução jurídica de casos que a lei não regulou de forma transparente, caracterizando um ativismo judicial pelo magistrado ao criar leis para aplicação no caso concreto:

El carácter mítico de ese planteamiento se evidencia cuando, de un lado, se advierte que las leyes pueden tener lagunas y que los jueces representan — según la célebre imagen de Montesquieu— la boca que expresa las palabras de la ley sin que puedan crear derecho y, al propio tiempo, se afirma que el ordenamiento jurídico, concebido como un conjunto de leyes, es un sistema completo y autosuficiente capaz de resolver todos los conflictos con trascendencia jurídica que surjan en su seno. Para tratar de explicar esta contradicción se recurre al mito de los principios generales del derecho. Gracias a ese mito se suscita la imagen de que el ordenamiento jurídico posee procedimientos que garantizan la respuesta adecuada a todas las controversias, aunque dicha respuesta no se halle prevista en la ley y sin que haya que admitir que la jurisprudencia sea fuente del derecho.³⁴

Assim, este “mito jurídico” que embasaria o julgamento dos *hard cases* teriam sido criados para ser possível contra argumentar a vedação do ativismo judicial, dando certa legalidade a estes julgamentos com fundamento em princípios abstratos que podem ser interpretados sem qualquer restrição.

E, continua, para conceituar “mito jurídico”, aduz que eles surgem exatamente para dar resposta a necessidades práticas, de forma nebulosa e de institutos obscuros e que violam frontalmente a segurança jurídica:

En ocasiones, el mito jurídico surge para dar respuesta a necesidades prácticas, de las que no siempre se tiene clara consciencia, de intuiciones nebulosas que, não obstante, poseen elementos de verdad, de instintos oscuros, pero profundos. En estos casos, «il mito, che non é realtà, ed é anzi l'opposto della realtà, puó segnare il principio di un cammino che conduce alia realtà non solo scoprendola, ma addirittura creándola» (1983, 133-134). Los principios generales del derecho son un mito jurídico, pero un mito que responde a una necesidad propia de los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho: reconocer el valor de la seguridad jurídica.³⁵

³³ *Ob. cit.*, p. 26.

³⁴ *Idem*, p. 15.

³⁵ *Idem*, p. 22.

Sendo mito jurídico ou não, a crítica formulada por Pérez Luño é perfeita quanto à insegurança jurídica trazida pela interpretação dos princípios pelos magistrados, que podem, caso a caso, interpretar regras com a invocação de princípios que podem regulá-las, afastando, muitas das vezes, regras específicas elaboradas pelo legislador.

Assim, esta generalidade e abstração dos princípios podem, sim, trazer insegurança jurídica aos jurisdicionados, sendo esta a crítica que é tratada neste estudo, mormente quanto à invocação de princípios sem o aprofundado estudo de seu conteúdo e de forma genérica pelos Tribunais.

E esta crítica aos princípios é acompanhada por Kelsen, que, segundo Jaime Cárdenas Garcia, afirmava que eles abrem portas a discricionariedade judicial, indo de encontro ao seu tão defendido positivo:

La estructura normativa de los principios há despertado críticas. Para Kelsen, los principios resultan indeseables, pues abren las peuretas al decisionimos judicial. Em el mundo europeo, continental de destacó em el pasado, como ya se dijo, la vaguedad de los principios y el uso político que de ellos podrían hacer los tribunales.³⁶

Há quem defenda, outrossim, que os princípios não poderiam ser caracterizados pela não abstração ou generalidade, mas, sim, pela impossibilidade de sua validade imediata. É o que defende Josef Esser segundo a doutrina de André Fellet: *“considera um equívoco buscar a distinção do plano da generalidade e não no da qualidade, ou seja, no da validade imediata. (...) Na realidade, a busca de critérios distintivos na falha de precisão ou vagueza (...) são ingênuas formulações”*.³⁷

Esser, segundo Nelson Nery Junior, critica, ainda, a banalização dos princípios, indicando que, estudando-o sob o prisma da abstração, sempre que uma norma fosse mais genérica ou abstrata que a outra, seria considerada princípio.

Essa classificação é criticada por Esser, porque não permite a construção de um conceito unitário sobre princípio e propicia a banalização do trato do tema porque parte do pressuposto de que sempre que exista uma determinada regra com caráter mais geral do que outra, mais concreta, àquela é conferida o status de princípio.³⁸

³⁶ *Idem*, p. 270.

³⁷ FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP). p. 48-49.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 32.

De acordo com o que já foi enfatizado até o presente momento já é possível indagar se há a banalização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na interpretação da aplicação da medida típica (multa periódica) ou se referidos princípios devem mesmo balizar e limitar a aplicação das medidas para que os magistrados não extrapolem os limites constitucionais da proteção do devedor em sobreposição ao princípio da efetividade.

Para aprofundar o tema, importantíssimo destacar doutrina em sentido totalmente oposto às doutrinas acima trazidas, eis que para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, devendo sua aplicação ser realizada de acordo com o maior valor de sua grandeza, sendo possível encontrar satisfeitos em graus variados, de acordo com a técnica da ponderação:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas são determinados pelos princípios e regras colidentes.³⁹

Neste ponto, Alexy prima pela invocação de princípios para a melhor aplicação do Direito, utilizando a técnica da ponderação para ajustar cada caso concreto ao ordenamento jurídico.

Sobre esta natureza dos princípios, Jaime Cárdenas Garcia, citando Dworkin, tem posição bastante didática, afirmando não só que os princípios foram parte do sistema jurídico por razão do seu conteúdo, como também são utilizados como pesos ou ponderações para análise do caso concreto:

Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral que establece derechos. Los principios, a diferencia de las reglas, no son todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación. Además, los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.⁴⁰

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

⁴⁰ GARCIA, Jaime Cárdenas. **Interpretación Constitucional**. México: Editorial Porrúa, 2005. p. 266.

Portanto, os princípios podem ser definidos como disposições com certo grau de abstração, tendo conteúdos normativos que podem ser aplicados diretamente ao caso concreto ou mediante a ponderação, havendo doutrina que o conceitue como mandamento nuclear, sendo certo que para que esta disposição seja considerada um princípio deverá ser analisada a sua formação, sua estrutura lógica ou seu conteúdo.⁴¹

A maior discussão acerca dos princípios cinge-se acerca da sua diferenciação com as regras; há corrente que indica uma distinção forte entre elas, e outra uma distinção fraca. Conforme se passa a expor, os princípios se diferenciariam das regras em virtude de seu linguajar indeterminado, seu conteúdo normativo, natureza, estrutura lógica e caráter orientador.

1.2.1 Princípio da Razoabilidade

Encontra-se na literatura a afirmação de que o princípio da razoabilidade possui origem no Direito inglês, transportada ao Direito americano sendo um dos fundamentos do princípio do *due process of law*, tendo inicialmente suas raízes no Direito processual, para, posteriormente, também ser aplicado ao Direito material.⁴²

O *due process of law*, ou devido processo legal, é um princípio que sem sombra de dúvidas visa proteger o cidadão de eventuais arbitrariedades do Estado, eis que destaca que nenhum cidadão poderá ser privado de bens ou direitos sem um processo justo e adequado.

Alessandro Otavio Yokihama, indica a expansão do devido processo legal de seu caráter meramente formal para alcançar o Direito material, protegendo os cidadãos de decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais:

Já com as linhas traçadas no substantive due process, o parâmetro a ser seguido pelo Estado não se limita a ser seguido pelo Estado não se limita em questões procedimentais. Esse caráter substantivo avança na busca da garantia de justiça no caso concreto através de decisões razoáveis.

Carlos Roberto de Siqueira Castro, quem tratou do tema com proficiência, é lapidar ao afirmar que "o início da fase "substantiva" na evolução desse instituto retrata a entrada em cena do Judiciário como árbitro, autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil. Linhas após,

⁴¹ *Idem*, p. 268.

⁴² COLLEY Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russel, 2002. p. 359-356; BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bittar**: estudos de direito constitucional e direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. 1, p. 554.

complementa que isso se erige como "um escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas e irrazoáveis ou irracionais."⁴³

O princípio da razoabilidade é amplamente utilizado pela jurisprudência sob diversos primas, com diferentes conceituações, de certa forma genérica, que dificulta o entendimento mais aprofundado sobre seu conceito e forma de aplicação.

Isto porque é inegável que o princípio da razoabilidade possui conteúdo totalmente subjetivo, mormente se, interpretando a razoabilidade na forma de sua etimologia, conclui-se que o que seria razoável para um sujeito, pode não ser razoável para outro.

Esta subjetividade pode ser explicada em decorrência da ligação deste princípio com a discricionariedade judicial, conforme a razoabilidade é lecionada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeito das finalidades que presidam a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes, ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.⁴⁴

No entanto, além de discutível a discricionariedade no âmbito judicial para invocar o princípio da razoabilidade sob este espeque, é certo que tal subjetividade não pode acarretar em deficiência na fundamentação e forma de aplicação do princípio que já foi destacado acima, sendo certo, todavia, que na invocação do princípio da razoabilidade tal fato é ainda mais grave e corriqueiro, já que, ao que parece, referido princípio é interpretado como o significado literal de sua palavra (razoável), não necessitando maiores explicações.

Ademais, pela perspectiva de Luís Virgílio Afonso da Silva não haveria uma estrutura determinável, sendo ligada tão somente uma mera exigência de

⁴³ YOKOHAMA, Alessandro Otavio. **Teoria da proporcionalidade**: o judiciário como legislador. Curitiba: Juruá, 2018. p. 66.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66.

razoabilidade, que pode ser conectada à ideia da etimologia da palavra, carecendo de maior controle.⁴⁵

Criticando esta ausência de fundamentação e de critérios na aplicação do princípio da razoabilidade, Humberto Ávila indica de forma clara, demonstrando a realidade fática na posição jurisprudencial ao se recorrer ao referido princípio para julgar casos concretos.

Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e várias finalidades. Embora as decisões dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de fundamentação pós postulados de proporcionalidade e razoabilidade, ainda assim é possível – até mesmo porque isso se inclui nas finalidades da Ciência do Direito – reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza.⁴⁶

Contudo, quando o magistrado recorre a princípios ou julga colisão de normas, a necessidade de fundamentação é ainda maior, conforme determina o artigo 489, parágrafo 2º, do Novo Código Processual, determinando que o juiz justifique “*o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.*”

Tal dispositivo permite o controle específico da escolha do princípio aplicado pelo juiz, concedendo às partes a possibilidade de contestá-la de forma ampla e clara, possibilitando o efetivo cumprimento dos princípios da ampla defesa e contraditório.

Portanto, ainda que ratificada a mitigação da fundamentação pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe de forma pormenorizada como se devem ser fundamentadas as decisões judiciais, no caso da solução de casos concretos com a invocação de princípios de forma genérica, o vício de fundamentação é ainda mais prejudicial à parte, pois teve seu caso solucionado em normas constitucionais que podem ter diversas interpretações.

Há, inclusive, doutrina e jurisprudência que não diferenciam o princípio da razoabilidade ao da proporcionalidade, tratando-os como sinônimos, o que será discordado no presente estudo, que demonstrará as suas distinções e diferentes

⁴⁵ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 173.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **MS 21315/DF**. Relator: Des. Convocada Diva Malerbi. 1ª Seção, 08 jun. 2016.

formas de aplicação, eis que a aplicação de cada um deles é específico, podendo ser o caso de invocação de apenas um deles para o julgamento do caso concreto.

Manuel Atienza indica quais as formas possíveis de abordagem ao princípio da razoabilidade:

Em resumen, me parece que la estrategia a seguir para hacer operativo el criterio del consenso ideal o ficticio em relación com las decisiones jurídicas razonables tendría que ser la de buscar puentes de acuerdo entre las diversas argumentaciones que tratan de fundamentar decisonses aceptables. Las dificultades aumentarían em la medida em que el acuerdo se produjera sólo em relación com principios o valores de carácter muy abstracto, pero me parece que, afortunadamente, em las cuestiones jurídicas – incluso em aquellas que fectan a las normas jurídicas situadas más arriba em la pirámide normativa – no suele ser este el caso.⁴⁸

Segundo a lição de Manuel Atienza, portanto, a "*razoabilidade dos atos consistentes em estabelecer, interpretar ou aplicar enunciados jurídicos aplicáveis a um caso*" é que é utilizada como fundamento para controle dos atos dos magistrados.

Este é o viés, portanto, do princípio da razoabilidade que o presente estudo se voltará. Destaque-se, portanto, em que pese o princípio da razoabilidade ser aplicado de forma genérica, ele pode ser estudado sob diversos aspectos, sendo que três deles refletem a maioria da aplicação destes princípios pelos Tribunais pátrios, são eles, (a) razoabilidade como equidade; (b) razoabilidade como congruência; (c) razoabilidade como equivalência.

Humberto Ávila as descreve de forma perfunctória, porém clara, elucidando a diferenciação destes três tipos de acepção, na ordem acima listada:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.⁴⁹

⁴⁸ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. 2. ed., 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 58.

⁴⁹ *Ob. cit.*, p. 173.

A razoabilidade como equidade, portanto, trata individualização de um caso, dentre todos os outros, que mereça uma aplicação diferenciada do magistrado para que a regra geral seja adequada ao que realmente acontece no mundo fático individual àquele caso concreto.

Portanto, sob este viés, as circunstâncias fáticas individuais devem ser consideradas para análise daquela regra, observadas as características normais de como ocorre a determinada situação individual, preservando a aplicação daquela norma ao caso concreto sem que haja qualquer alteração da finalidade desta norma.

Já a razoabilidade como congruência exige que a causa da decisão tenha vinculação com a realidade dos fatos e do Direito postos na demanda que a embasa. Neste caso, a individualização da situação de um caso deve estar atrelada ao critério que determinou a distinção que ensejou a individualização com a medida adotada.

Ou seja, a razoabilidade como congruência exige que a fundamentação da individualização de determinada situação seja correlata à medida fixada. Portanto, além da necessidade de a individualização ter um suporte empírico que a sustente, a medida adotada deve conter critérios correlatos a esta situação especial criada.

Trazendo um exemplo ao Processo Civil, a legislação adjetiva cria situações distintas para a execução de título executivo judicial (cumprimento de sentença) e execução de título extrajudicial, especialmente no que tange ao prazo de pagamento: enquanto no primeiro procedimento o prazo para pagamento é de 15 (quinze) dias, sob pena de incidência de multa e honorários advocatícios, no segundo, o prazo é de apenas 03 (três) dias, com a possibilidade de redução dos honorários advocatícios à metade, além da possibilidade de parcelamento legal disposto no artigo 916.

Para verificar a razoabilidade como congruência neste caso, deve-se questionar: (a) há fundamento para individualizar estas duas execuções? (b) o critério escolhido é adequado? (c) as medidas fixadas são correlatas à esta individualização?

As respostas a estas perguntas fogem do escopo do presente estudo, tendo apenas sido como exemplo para elucidar de forma didática a proporcionalidade como congruência.

José Sérgio da Silva Cristóvam ensina de forma esclarecedora o princípio da proporcionalidade sob o esboço da congruência:

Pela máxima da razoabilidade é possível anular atos administrativos aparentemente legais, motivados e pretensamente cumpridores de uma finalidade pública, mas que, em verdade não guardam uma congruência

lógica entre os motivos elencados e o ato praticado, em relação ao alcance da finalidade prevista. Pela falta de ordem lógica entre a tríplice motivo/conteúdo/finalidade pode-se invalidar a atividade administrativa, por afronta à máxima constitucional da razoabilidade. Nestes casos, poder-se-ia falar que a atividade administrativa estaria viciada quanto ao requisito da causa.⁵⁰

Por fim, a equidade como equivalência verifica se a medida adotada está dentro dos critérios legais para a sua aplicação. Trata-se, aqui, com o próprio nome já diz da verificação da equivalência entre a sanção imposta e o ato cometido, devendo haver uma correspondência entre essas duas grandezas: critério escolhido e medida aplicada, não se exigindo uma relação entre meio e fim.⁵¹

É nesta tipologia da razoabilidade que será tratada mais profundamente neste estudo, eis que os Tribunais se socorrem genericamente ao princípio da razoabilidade no sentido da equivalência, verificando se o valor final da multa diária alcançada seria equivalente à obrigação a ser cumprida. Outrossim, na fixação de medidas atípicas os Tribunais também se socorrem ao princípio da razoabilidade para verificar se a restrição imposta seria equivalente à finalidade almejada.

Do que se extrai, portanto, é que há diversas formas de se interpretar o princípio da razoabilidade, sendo de vital importância que sua aplicação seja a mais elucidativa possível pelos Tribunais, criando uma cultura de abordagem e definições concretas sobre o tema para que seja possível o aprofundamento de críticas ou novas aplicações deste princípio em casos que podem ser solucionados com a sua invocação.

Isto porque, a mera interpretação e aplicação do princípio da razoabilidade como sinônimo “razoável” não auxilia os intérpretes do Direito no estudo deste importante princípio constitucional, e, por mais das vezes, é replicado por outros magistrados sem qualquer aprofundamento haja vista a disseminação desta interpretação de forma simplória.

1.2.2 Princípio da Proporcionalidade

⁵⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 227.

⁵¹ A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência da congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim. (ÁVILA, Humberto, *ob. cit.*, p. 181).

Tão genérica quanto à aplicação do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade, tão amplamente utilizado pelos Tribunais pátrios, também é genericamente, superficialmente e constantemente encontrado nas mais diversas decisões prolatadas sem que haja um consenso sobre seu conceito, extensão e forma de aplicação.

Portanto, os mesmos problemas de dificuldade de conceito e de controle na aplicação do princípio da razoabilidade também são encontrados no princípio da proporcionalidade, sendo certo que, por diversas vezes, tais princípios são invocados como se idênticos fossem confundindo ainda mais os intérpretes e aplicadores do Direito.

No entanto, conforme muito bem assevera Humberto Ávila, o princípio da proporcionalidade não deve ser aplicado como a origem de sua palavra no sentido de proporção, mas, sim, quando há uma relação de causalidade entre dois elementos, um meio e um fim, sendo possível o exame dos três de seus elementos: (a) adequação; (b) necessidade; (c) proporcionalidade em sentido estrito:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoração do meio?).⁵²

Portanto, para a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, deverão ser preenchidos seus três elementos estruturantes, não bastando que apenas um deles seja verificado no caso concreto para que seja possível a sua invocação.

No princípio da proporcionalidade, ao contrário do princípio da razoabilidade, verifica-se a relação entre meio e fim, e não relação entre duas grandezas, sendo esta uma substancial diferença entre estes princípios. Portanto, o princípio da proporcionalidade deve sempre depender de uma relação entre o meio utilizado para alcançar determinado fim.

Desta necessidade de relação entre meio e fim que surgem seus três elementos estruturantes que devem ser preenchidos para a correta aplicação do

⁵² *Ob. cit.*, p 183.

princípio da proporcionalidade. A relação entre meio e fim é espécie, da qual a adequação, necessidade e proporcionalidade são gêneros.

No caso da análise da proporcionalidade quanto à relação meio e fim para a adoção das medidas coercitivas, típicas ou atípicas, cinge-se na análise se estas medidas atingirão a sua finalidade de compelir o devedor a cumprir a decisão, de forma menos restritiva, além da verificação da intensidade da restrição e a importância da realização do fim.

Assim, a análise dos três elementos da proporcionalidade deve ser verificada especificamente no caso concreto, sendo de rigor detalhá-las para uma melhor compreensão.

Reforçando a ideia de que, para a aplicação do princípio da proporcionalidade há a necessidade da análise conjunta destes três elementos, Virgílio Afonso da Silva, indicando a origem deste princípio, também aborda a necessidade desta análise trifásica:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.⁵³

Além da análise da proporcionalidade por estes três elementos, José Sérgio da Silva Cristóvam ensina que existe uma relação de precedência entre eles, iniciando esta análise primeiramente quanto à adequação, posteriormente necessidade e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito (o que chama de ponderação):

Cabe salientar, desde já, que existe uma relação de precedência na aplicação dessas máximas constitutivas, uma ordem predefinida que exige seja analisada primeiramente a adequação da medida legislativa ou administrativa; posteriormente, se adequada a medida, deve-se aferir sua necessidade; e, caso adequada e necessária, há que se aplicar a máxima da ponderação.⁵⁴

⁵³ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002. p. 23 e ss.

⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 235.

E continua,

A chamada lei da ponderação deve ser aplicada a partir de três fases distintas, embora essencialmente relacionadas e complementares. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio. As três fases de aplicação da lei da ponderação, em uma espécie de graduação da proporcionalidade, demonstram com razoável propriedade que o ceticismo acerca da ponderação e as dúvidas quanto à racionalidade do procedimento são injustificados e incapazes de sustentação, se comparados com o instrumento teórico oferecido.⁵⁵

No entanto, em contraponto a necessidade de análise destes três elementos para a aplicação do princípio da proporcionalidade, Karina Nathércia Sousa Lopes, com base em ensinamentos de Alexy, informa que somente no caso de preenchimento da adequação (que seria meramente fática), não são necessárias as análises dos demais.

Existe uma ordem predefinida, portanto, para a análise das etapas descritas. Somente se passa à análise das seguintes, se a anterior tiver sido atendida.

A etapa da adequação é uma verificação fática, não jurídica. Uma norma é inadequada senão servir ao objeto a que se propõe em um caso concreto. Se uma demanda concreta puder ser resolvida fazendo-se recurso apenas a esta etapa, não será necessário percorrer as outras etapas citadas (...)⁵⁶

A análise da adequação é a espécie mais aproximada do gênero, em que será averiguada a eficácia da relação entre o meio escolhido para alcançar a finalidade desejada. Portanto, não basta apenas que haja uma relação entre a medida e a finalidade, eis que deve haver uma necessidade de verificação da eficácia da medida escolhida no atingimento da finalidade almejada.

A adequação é, portanto, uma relação de meio e fim qualificada, em que deve ser verificada a eficácia empírica da medida escolhida no alcance da finalidade.

Já a análise da necessidade volta-se a verificação da existência de outros meios alternativos ao alcance da finalidade que se almeja, e se estes meios também atingiriam a referida finalidade. Posteriormente, com todas as opções alternativas e

⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 241.

⁵⁶ LOPES, Karina Nathércia Sousa. **Princípio da Proporcionalidade**: questionamentos sobre sua consistência e riscos do uso retórico do Supremo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 48.

igualmente eficazes no alcance da finalidade, será feita a análise da escolha do meio menos restritivo àquele que a ordem se impor.

Neste caso, deve-se localizar a maior possibilidade de medidas possíveis que possam ser realizadas para atingir a finalidade desejada para, posteriormente, estudando seu grau de eficiência e menor restrição ao destinatário da ordem, verificar se o princípio da proporcionalidade foi devidamente cumprido.

Sobre este elemento do princípio da proporcionalidade, Humberto Ávila indica importante problema em sua interpretação quando há, (a) pouca restrição ao Direito fundamental e pouca promoção do fim; (b) muita restrição ao Direito fundamental, mas muita promoção do fim, indicando que a resposta para tal questão deve ser equacionada pela ponderação:

Como escolher entre um meio que pouco restringe um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já afirmado, evolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação.

57

Portanto, na análise deste elemento talvez seja necessária a escolha de uma medida não que não alcance muito a sua finalidade, mesmo sem restringir muitos direitos, ou escolher uma medida que restrinja muito o Direito, porém seja altamente eficaz no alcance da finalidade. Ocorrendo estes casos, o juiz deverá ponderar quais os direitos fundamentais que estão sendo restringidos e quais têm um peso maior que a finalidade que se deseja com a adoção da medida indicada.

Logo, não é possível criar uma forma genérica quando ocorrer estas situações narradas, devendo a ponderação ser realizada caso a caso para a melhor aplicação do princípio da proporcionalidade.

A necessidade, portanto, deve considerar os elementos comparativos de outras medidas que igualmente podem alcançar o fim desejado, com a escolha da medida menos restritiva a ser adotada.

Por fim, o último dos três elementos estruturantes do princípio da proporcionalidade é o da proporcionalidade em sentido estrito, que muito se assemelha à razoabilidade como equivalência, havendo, porém, distinções entre elas,

⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 195.

como, repise-se, a natureza da relação que se deve analisar; enquanto na primeira analisa-se a relação meio-fim, na segunda analisa-se duas relações de grandeza.

A proporcionalidade em sentido estrito é o elemento mais utilizado pelos Tribunais – porém de forma isolada, e não trifásica - para aplicar o princípio da proporcionalidade. Na proporcionalidade em sentido estrito, analisa-se, de forma totalmente subjetiva, se as vantagens causadas pela medida são proporcionais às desvantagens causadas.

Este elemento, como se vê, é a verificação do parâmetro entre a medida realizada e sua finalidade. Neste elemento, verifica-se o formato mais próprio do princípio da proporcionalidade como ideia de proporção, ou seja, como a verificação do critério adotado estaria de acordo com a finalidade almejada.

Assim, quando os Tribunais invocam o princípio da proporcionalidade para quantificação da multa diária final a ser executada, ou ainda, para deferir ou revogar uma medida coercitiva atípica na análise da proporção entre a medida realizada e a restrição do Direito que será imposto ao devedor, pode-se concluir que as decisões se referem tão somente ao elemento da proporcionalidade em sentido estrito para julgar a legalidade da medida coercitiva.

Todavia, é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade quando apenas um dos elementos está preenchido? Desenganadamente, a resposta é negativa, devendo os três elementos estarem preenchidos para que se dê a correta interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade.

Logo, por serem um tanto quanto genéricas as decisões que invocam o princípio da proporcionalidade, do que se vê, é que apenas um de seus elementos está sendo analisado para sua aplicação, o que não está de acordo com o melhor entendimento sobre este princípio.

Destarte, para a melhor aplicação do princípio da proporcionalidade, é necessária a análise da relação entre meio e fim, sob 3 (três) aspectos, verificando se aquela medida:

- (a) é adequada para atingir a sua finalidade, ou seja, se a medida aplicada é realmente eficiente para que se alcance a finalidade de sua fixação;
- (b) verificando outras que teriam a mesma eficiência no alcance da finalidade, é a que menor traria restrições a direitos fundamentais àquele que a decisão foi dirigida;

- (c) traz mais vantagens do que desvantagens em sua aplicação, verificando em uma relação de critério para parametrizar a restrição imposta à finalidade que se deseja atingir.

Desta forma, somente com a análise de forma pormenorizada destes três elementos é que o princípio da proporcionalidade será devidamente aplicado, sendo certo que a descrição do preenchimento de cada um deles nas decisões judiciais seria o ideal para melhor entendimento de seu conceito e forma de aplicação para os intérpretes do Direito.

1.2.3 Distinções entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

A razoabilidade, como visto anteriormente, pode ser analisada sob alguns prismas, dentre elas como dever de equidade, de congruência e de equivalência, sendo que em todas estas abordagens, onde, em cada uma das hipóteses, separadamente, deverá ser analisada questão distinta na aplicação deste princípio.

Sobre esta necessidade de distinção na análise de cada um desses princípios, Virgílio Afonso da Silva, ainda que de forma não tão profunda, destaca que eles possuem construções jurídicas diversas e não são sinônimos:

Quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos.⁵⁸

Na razoabilidade como equidade, deverá haver uma análise da necessidade de individualização de determinada situação especial criada e se esta está de acordo com os fatos vinculados à determinada situação de acordo com seu suporte empírico.

Neste caso, como se vê, não há qualquer análise da relação entre meio e fim da referida situação, mas tão somente se há um suporte empírico dos fatos que determinarão a criação desta situação especial que foge à regra comum.

É possível extrair algumas distinções de situações no Código de Processo Civil em que a razoabilidade como equidade tem suporte empírico para distinção de

⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 23 e ss.

situações, como, *v. g.*, o prazo em dobro para contestação, em processo físico, quando há duplicidade de réus com patronos distintos. Isto porque, haja vista a possibilidade de carga dos autos por um dos patronos, o outro teria vista posterior a esta carga, sendo prejudicado no prazo para apresentação da manifestação.

Logo, esta distinção traz equidade às partes, possibilitando a todos o mesmo prazo para manifestação.

Na razoabilidade como congruência também não se verifica qualquer relação meio e fim da medida adotada, mas, sim, uma análise do critério escolhido a ser aplicado na referida medida e a medida propriamente dita. Destarte, não se analisa se o critério da medida atingirá sua finalidade, mas, sim, se o critério para distinguir situações as medidas escolhidas nesta distinção de situações estão correlacionadas, devendo haver uma congruência entre elas.

É possível exemplificar esta situação pela análise do princípio da razoabilidade quanto às medidas coercitivas: (a) a coerção é um bom critério para compelir o devedor a cumprir a obrigação?; (b) a multa diária, fixação de multa e honorários advocatícios, ou adoção de medidas atípicas são medidas coercitivas relacionadas? Respondendo positivamente ambos os questionamentos, neste exemplo o princípio da proporcionalidade considera adequada o critério e medidas adotadas.

Não há, portanto, qualquer relação entre meio e fim, não se analisa se as medidas coercitivas realmente alcançam a sua finalidade, mas é uma análise prévia, se as medidas coercitivas servem como critério para compelir o devedor a cumprir a obrigação.

Já na razoabilidade por equivalência, há uma relação entre duas grandezas, ou seja, se a medida adotada é equivalente à dimensão do seu critério.

É sob este espeque que a razoabilidade é utilizada para dimensionar o cálculo final das *astreintes* quando da execução da multa diária, inexistindo também qualquer relação entre meio e fim, eis que se pretende tão somente equilibrar a medida adotada e a obrigação imposta pelo critério escolhido.

Contudo, diferenciando-se da razoabilidade, a proporcionalidade deve ser sempre analisada sob conjunto dos seus 03 (três) elementos. E, estes 03 (três) elementos sempre têm o mesmo escopo: a análise da relação entre meio e fim da medida adotada.

Portanto, seja pela: **(a)** adequação para verificação se a medida seria eficiente para alcançar o meio; **(b)** seja pela necessidade para verificação se, dentre todos os

meios, aquele é o menos restritivo de Direito para se alcançar o meio, ou ainda, (c) na proporcionalidade em sentido estrito onde verifica-se se as vantagens trazidas pelo meio escolhido superam as desvantagens que ele as impõem, não restam dúvidas que sob todos estes aspectos o que se está em jogo é a relação meio e fim.

Desta forma, é plenamente possível a distinção destes dos princípios, com base em elementos totalmente discerníveis e com características próprias, permitindo uma fundamentação consistente na diferenciação da aplicação de cada um deles.

Porém, esta corrente não é uníssona e nem tampouco é possível falar que é majoritária, eis que consagrados juristas defendem a sinonímia entre ambos os princípios, e que a distinção seria apenas de nomenclatura, possuindo mesmo conteúdo e finalidade. Dentre estes juristas pode-se destacar Luís Roberto Barroso:

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio, se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será razoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente. Suponha-se, por exemplo, que diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros etc.⁵⁹

Do que se vê, é que o i. doutrinador, ao considerar sinônimos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, subdivide o princípio da razoabilidade em duas ramificações: a razoabilidade externa e razoabilidade interna. Neste sentido, a razoabilidade interna é definida pelo o que se demonstrou neste estudo como o

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

conceito do princípio da razoabilidade, e razoabilidade externa seria o princípio da proporcionalidade, onde se verificaria o preenchimento de seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Ademais, a jurisprudência – inclusive do Supremo Tribunal Federal - também indica pela ausência de diferença dentre estes dois princípios, o que é criticado por José Sérgio da Silva Cristóvam com relação à contribuição negativa para o melhor estudo isolado de cada princípio, seus conceitos, finalidade e atribuições:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF também não faz diferença entre as duas máximas, referindo-se, por vezes, à razoabilidade e à proporcionalidade notoriamente como sinônimas. Essa postura jurisprudencial tem contribuído negativamente para o efetivo estabelecimento dos contornos e especificidades técnico-estruturais dos dois institutos, reforçando a tese da identidade plena.⁶⁰

Contudo, o estudo doutrinário sobre o tema permite uma evolução jurisprudencial para tornar as decisões mais didáticas, tanto para o intérprete, como para os estudiosos do Direito, além da definição e forma de aplicação de forma distinta do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 216-217.

2 MEDIDAS COERCITIVAS

A função jurisdicional possui dois grandes objetivos, sendo a primeira a solução do caso concreto levado ao Poder Judiciário para resolver o litígio sobre determinada situação e a segunda fundada na efetividade das decisões judiciais, entregando a coisa disputada àquele de direito. Assim, enquanto a primeira refere-se à atividade de cognição, a segunda refere-se à atividade executiva.

Andrea Proto Pisani em importante lição histórica sobre a função jurisdicional, destaca que a atividade executiva não era considerada como atividade jurisdicional, mas, sim, ligada à administração da Justiça:

(...) in altre epoche storiche l'attività di esecuzione forzata era considerata attività inferior rispetto alla attività logico-cognoscitiva di ius dicere, e come tale non era considerata appartenente alla giurisdizione, a alla amministrazione.⁶¹

E assim se entendia por que as atividades executivas poderiam ser interpretadas como meramente procedimentais, bastando o magistrado administrar o rito da execução que eram previamente definidos de acordo com a tipicidade escolhida pelo legislador. Tal entendimento tem como origem o Direito francês que destacou o princípio da legalidade com fundamento do Estado Liberal, com elaboração de leis e códigos para garantir regras de condutas previamente delimitadas.

Segundo Arruda Alvim, os atos executórios naquele momento histórico eram vistos como algo contrário à ideia de liberdade, eis que o Estado estaria obrigando alguma pessoa a fazer algo contrário à sua vontade, sendo este o fundamento pelo qual a possibilidade de coerção esbarrava na ideia absoluta da liberdade humana:

A partir dessa concepção de liberdade, pois, se alojava, por não haver espaço, a possibilidade de **coerção** para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, mais isto ocorrida, todavia, enorme e por causa, precisamente, da noção válida para a época, de liberdade humana. Vale dizer, era tal entendimento **absoluto** sobre a ideia de liberdade humana, e, especialmente, de respeito à individualidade, por isso que era inconcebível se pudesse coagir alguém para fazer (ou deixar de fazer) aquilo que não se desejava, **ainda que inadimplente, no caso, já houvesse limitado a sua conduta, pela sua vontade precedente, quando se obrigara**. De certa forma, e, dentro dos limites, **a vontade produzia alguns efeitos, ainda que animada por ilicitude**. (...) Possivelmente, por isso, nem nome e por causa da ideia de liberdade, em cujo âmbito estava compreendida a noção de

⁶¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezini di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 776.

absoluta intangibilidade da pessoa, a vontade "do indivíduo" não podia ser "violentada", entendendo por violência, no caso, meios indiretos de coação, com vistas a dar consecução ao que esse mesmo indivíduo já havia pactuado. (grifado no original)⁶²

Em sede de execução, a expressão "boca da lei" era ainda mais valiosa, pois somente poder-se-ia adentrar à esfera patrimonial do executado caso houvesse prévia tipicidade do meio executivo. Nestes termos, importante lição histórica trazida por Marcus Vinícius Motter Borges:

O direito liberal, como se vê, definiu o princípio da tipicidade dos meios executórios como um dos seus pilares para a consecução da garantia de liberdade e de segurança, certificando que a esfera jurídica do executado não será invadida de forma diversa daquela expressamente prevista em lei para a espécie respectiva. Com o fito de preservar a liberdade, ocorria uma predeterminação das hipóteses e das formas pelas quais o Estado faria a sua intromissão na esfera o obrigado.⁶³

Portanto, a função do magistrado nas medidas executórias cingia-se exclusivamente a aplicar a medida típica previamente escolhida pelo legislador para persecução do bem da vida respectivo.

Dentre as medidas executórias escolhidas pelo Direito francês destaca-se as medidas coercitivas, que, diferentemente das sub-rogatórias, não adentravam imediatamente ao patrimônio do devedor, mas tão somente visam compelir o devedor a cumprir espontaneamente a obrigação.

Importante destacar ainda sobre o Direito francês, no que tange à satisfação da tutela jurisdicional, que este norteava-se pelo artigo 1.142 do Código Napoleônico, segundo o qual "*Toda obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor*". (Conde Napoléon, art. 1.142). Ou seja, havia uma excessiva proteção ao devedor, que não era compelido a cumprir a obrigação, eis que esta sempre seria convertida em perdas e danos, o que permitiria a manutenção do ilícito sem qualquer imposição contrária pelo Estado.

Todavia, este entendimento se alterou com o passar do tempo, tendo a doutrina francesa, segundo Marcelo Lima Guerra, admitido o cumprimento *in natura* das obrigações de fazer e não fazer, sem, contudo, a lei dar o referido respaldo:

⁶² ARRUDA ALVIM, José Manoel. Obrigações de fazer e não fazer: direito material e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 99, p. 27-39, jul./set. 2000. p. 35-36.

⁶³ BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p 45-46.

Apesar de a doutrina francesa ter evoluído no sentido de superar essa posição, vindo a admitir que o credor tem sempre o direito ao cumprimento **in natura** das obrigações de fazer e da não fazer, o direito positivo francês não armava o juiz de instrumentos hábeis a garantir a execução específica de suas decisões. (grifado no original) ⁶⁴

Posteriormente, encampando-se a posição doutrinária de que a indenização por perdas e danos não resolveria esta situação, houve o reconhecimento do caráter coercitivo da *astreinte* que, segundo ensinado por Eduardo Talamini, "*a primeira notícia de aplicação da medida remonta a julgado do Tribunal Civil de Cray, em 1811, e sua consagração definitiva deu-se em decisão da Corte de Cassação, em 1825, ocasião em que já se reconhecia o seu caráter cominatório.*"⁶⁵

Importante destacar que a execução por coerção, ou indireta, sequer era considerada pela doutrina⁶⁶ de forma majoritária até meados do século passado, como atividade da função executiva da jurisdição, sendo certo que tal entendimento era corroborado por José Carlos Barbosa Moreira⁶⁷, eis que por não ser um ato de execução forçada, mas, conforme passa a se demonstrar adiante, mera imposição de sanções para compelir o devedor a cumprir a obrigação, dependendo da vontade deste para o êxito da medida.

No entanto, tal interpretação já foi superada, sendo possível encontrar esplêndido posicionamento do consagrado jurista Giuseppe Chiovenda, que, dirimindo desde logo esta controvérsia, destaca que os meios executórios são todos aqueles que sejam possíveis atingir o cumprimento da obrigação judicial:

Por meios executivos se entendem as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito. Esses meios executivos podem dividir-se em meios de coação e de sub-rogação. A) meios de coação. Dizem-se meios de coação os que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado, pois se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve.⁶⁸

⁶⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 109.

⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e a via geral do art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 173-181, jan./mar. 2000. p. 50.

⁶⁶ BORGES, Marcus Vinicius Motter, *ob. cit.*, p. 99.

⁶⁷ Afirmava o Autor: "o emprego desses meios de coerção não constitui atividade propriamente executiva." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 218).

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 346-347.

Importante tecer breve digressão histórica das medidas coercitivas no ordenamento jurídico, pois a evolução histórica deste instituto demonstra a sua crescente importância, utilização e hipóteses de fixação.

Em profundo estudo histórico sobre a coerção no Direito pátrio, Olavo de Oliveira Neto afirma que já foi possível a prisão civil do devedor quando, por ausência de legislação própria, aplicava-se a legislação portuguesa que, de acordo com as Ordenações Filipinas, seria possível este tipo de coerção:

Em que pese essa alternância de sistemas, o que muito se deve as alterações sociais e políticas experimentadas pelo Brasil, em todas as fases do nosso processo civil é possível identificar a presença de regras cujo conteúdo apresenta uma tutela coercitiva, por vezes mais fortalecida por permitir como modalidade de medida coercitiva a prisão, por vezes menos fortalecida por não aplicá-la, já que a liberdade parece ser um dos principais valores que as pessoas objetivam preservar incólume.

de qualquer modo, antes do primeiro período, que vai de 1832 até 1850, para que o novo País não viesse a sofrer os problemas decorrentes da ausência de legislação, continuou a ser aplicada a legislação portuguesa então vigente, constante das Ordenações Filipinas. Tratava-se de um diploma no qual existiam inúmeras regras que determinavam a aplicação da prisão como meio de coerção, já que à época não havia qualquer empecilho à prisão por dívidas, até a entrada em vigor do *Códe Napoleón* especialmente por conta do seu art. 1.142) se apresentou como forma mais comum e natural de forçar o cumprimento de uma prestação não adimplida nos ordenamentos dos diversos países.

Nesse passo, dentre outras medidas, se o devedor alienava seus bens após ser condenado, em conduta semelhante a nossa fraude a execução, prejudicando ao credor, devia ser preso até a integral satisfação da condenação.⁶⁹

Do que se extrai dos ensinamentos acima transcritos, além da possibilidade de prisão civil no ordenamento em hipótese bem distinta da atual (somente em face do devedor de alimentos), é que este tipo de coerção foi possível até a entrada em vigor do já citado artigo 1.142 do *Códe Napoleón* que, como visto acima, impedia a coerção do devedor ao cumprimento de decisões judiciais.

Assim, bebendo novamente dos ensinamentos de Marcus Vinícius Motter Borges, interessante destacar o entrelaçamento histórico entre a origem das medidas executivas coercivas do Brasil com a influência do Direito francês acima destacado, pois o Código Civil, em seu artigo 880⁷⁰, convertia automaticamente a obrigação de

⁶⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Poder geral de Coerção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 210-211.

⁷⁰ "Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível."

fazer em perdas e danos, indicando, contudo, que referido artigo colidia com o artigo 1.005, do Código de Processo Civil de 1939⁷¹, que possibilitaria a coerção patrimonial por multa nos casos de obrigação de fazer infungíveis, prevalecendo, todavia, a aplicação do artigo 880, do Código Civil ao artigo 1.005, do Código de Processo Civil:

(...) O legislador civil brasileiro, no início do século passado, não ficou imune à influência do liberalismo francês, sobretudo no tocante à incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações específicas. Nessa toada, o artigo 880 do Código Civil de 1916 dispunha que na inexecução das obrigações de fazer infungíveis ocorreria a conversão em perdas e danos.

A doutrina civilista da época, ainda apegada ao *nemo praecise cogi potest ad factum* e à disposição do artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão, defendia fortemente a impossibilidade de coerção.

(...)

Contrariamente ao Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939 exsurgia prevendo, no seu artigo 1.005, a coerção patrimonial por multa nas execuções de fazer infungíveis, aparentemente consagrando a execução indireta. Tratava-se de "medida coercitiva indireta".

(...)

Com base no exposto, pode-se inferir que a forte influência do liberalismo francês no tocante à incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações específicas, talvez tenha feito o artigo 880, do Código Civil de 1916 prevalecer sobre os artigos 302 e 1.005, do CPC/1939. E assim, à época – ao menos em um primeiro momento –, restava enfraquecida a aplicação de coerções em obrigações de fazer específicas.⁷²

O Código de Processo Civil de 1939, portanto, no que tange à multa coercitiva, era desprovida de efeitos práticos, sendo certo, outrossim, que esta era limitada ao valor da obrigação, não sendo possível, ademais, a cobrança da multa e das perdas e danos.

Logo, diante da ausência de cumulação da multa não há qualquer coerção com a fixação de eventual multa, pois com o pagamento dela integral ou parcialmente, abarber-se-ia do valor da obrigação principal, não existindo, repise-se, qualquer efeito prático na sua fixação. Nestes termos, José da Silva Pacheco:

Recebendo a citação, o executado ou a) presta o fato ou b) se abstém de prestá-lo. No primeiro caso, encerra-se a execução por falta de objeto. No segundo caso, continua a execução, devendo o exequente requerer ao juízo o pagamento da multa ou das perdas e danos.⁷³

⁷¹ "Art. 1005. Se ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação."

⁷² BORGES, Marcus Vinicius Motter, *ob. cit.*, p. 138.

⁷³ PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. ed. esp. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 4, p. 273.

Contudo, em sentido oposto, referida legislação adjetiva possibilitava a prisão civil como coerção em 03 (três) hipóteses: (a) depositário infiel – artigo 369⁷⁴; (b) restituição de título recebido para aceite ou pagamento – artigo 732⁷⁵, e (c) no caso de débito de natureza alimentar – artigo 920⁷⁶.⁷⁷

Posteriormente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, a multa coercitiva já não era mais limitada ao valor da obrigação tampouco às obrigações infungíveis, sendo, certo, contudo, que a doutrina ainda indicava necessidade de melhorias para este instituto que, conforme palavras de Marcelo Lima Guerra, as limitações transcritas em seu ensinamento mitigavam a coerção necessária à efetividade, quais sejam:

a) multa diária e prisão do devedor de prestação alimentícia são as únicas medidas coercitivas, caracterizadoras de execução indireta, expressamente autorizadas em lei; b) a aplicação de multa diária está subordinada à iniciativa da parte; c) na interpretação dominante, a multa não é aplicável à execução para entrega de coisa; d) a unidade de tempo em que a multa é devida não pode ser outra senão a diária.⁷⁸

Foram necessárias e realizadas diversas pequenas reformas nas regras executivas do Código de Processo Civil de 1973, que certamente trouxeram evolução para tornar mais efetiva a tutela jurisdicional, destacando-se a entrada em vigor da Lei nº 8.952/94 que dispôs em seu o artigo 461⁷⁹, grande modificação nos atos possíveis

⁷⁴ "Art. 369. Si o réu, nas quarenta e oito (48) horas seguintes à citação, não entregar ou não consignar o objeto depositado ou seu equivalente em dinheiro, o juiz expedirá mandado de prisão contra o depositário infiel, si o autor o requerer."

⁷⁵ "Art. 732. A apreensão judicial do título não restituído ou sonegado, pelo emitente, sacado, ou aceitante, e a prisão daquele que o tendo recebido para firmar o aceite ou efetuar o pagamento, se recusar a entregá-lo, serão precedida de prova da entrega do título. Parágrafo único: O juiz procederá de acordo com o disposto no art. 685, e, justificado o pedido, ordenará a apreensão do título e decretará a prisão."

⁷⁶ "Art. 920. Quando não for possível o desconto na forma do artigo anterior, ou quando o devedor não pertencer a qualquer das categorias nele enumeradas, o não cumprimento de prestação alimentícia será punida com prisão civil, decretada pelo juiz cível."

⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo, *ob. cit.*, p. 216.

⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima, *ob. cit.*, p 159.

⁷⁹ 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

a serem fixados pelo magistrado para compelir o devedor ao cumprimento das obrigações de fazer.

Veja-se, que, além de um detalhamento maior tipificado acerca da multa periódica, também foi incluída a possibilidade de juiz fixar outras medidas além das coercitivas, como as sub-rogatórias.

Enquanto a sub-rogação que se dá por, *v.g.*, transformação (conversão de obrigação de fazer em pagamento), desapossamento (busca e apreensão) e expropriação (adjudicação, alienação), a coerção se dá por meio de pressão psicológica para que o devedor, por conta própria, cumpra a obrigação imposta, sob pena de sanções.

Posteriormente, foi, com o advento da Lei nº 10.444/2002, o artigo 273, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil de 1973⁸⁰, que, alterando a expressão "execução da tutela antecipada", passou a constar "efetivação da tutela antecipada", remetendo essa efetivação também ao supracitado artigo 461, do mesmo

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)

§ 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)

⁸⁰ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

diploma legal. Segundo Flávio Luiz Yarshell, não se tratou de mera alteração terminológica, eis que, indicando a evolução da efetivação trazida pelo artigo 461, do CPC/73, indicou a melhoria trazida para a efetividade da prestação jurisdicional de tutela antecipada, sendo duas delas: a) ausência de instauração de nova relação processual; b) descabimento de embargos do devedor.

Começando pela tutela nas obrigações de fazer e não fazer, a ideia de "efetivação" parece não trazer aí maiores problemas ou dificuldades, especialmente se considerarmos a evolução que a técnica processual experimentou nessa seara nos últimos tempos: na "efetivação" da tutela antecipada aplicar-se-á o disposto no art. 461 do CPC. de tal sorte que: (i) o provimento aí, para usar a terminologia hoje largamente aceita, terá, em princípio, natureza "mandamental", consistindo em uma ordem para fazer ou não fazer; (ii) para que o provimento seja atuado em termos práticos e que o credor seja satisfeito, atuarão mecanismos para compelir o devedor a efetuar a prestação devida, cumprindo o comando judicial voluntariamente, aplicando-se o disposto especialmente (mas não apenas) nos parágrafos 4º e 5º do cotado art. 461; (iii) não sendo possível satisfazer-se o credor por tais mecanismos, terá lugar a atuação "subsidiária" dos arts. 632 e ss., que, embora – repita-se – tenham caráter subsidiário, não guardam qualquer incompatibilidade com o instituto da antecipação da tutela (ressalvando-se que, como dito, aí terá lugar execução, mediante sub-rogação. Como qualquer "efetivação" de tutela antecipada, não será instaurada nova relação processual nem haverá espaço para embargos do devedor.⁸¹

De toda a evolução histórica trazida, tem-se que a legislação pátria foi avançando, apesar de forma lenta, para aprimorar a efetividade da prestação jurisdicional, sendo certo que o Código de Processo Civil avançou ainda mais nesse sentido, conforme se verificará no tópico específico em que serão abordadas as medidas coercitivas atípicas que, neste momento, podem ser fixadas até nas execuções de pagar quantia, o que era impensado anteriormente.

Portanto, de tudo o quanto já exposto, destaca-se que, desta forma, que as medidas executivas coercitivas têm o objetivo de pressionar ou coagir o devedor a cumprir a obrigação que lhe foi imposta na decisão (sentido amplo), evitando os atos sub-rogatórios como penhora e avaliação.

Conforme lição de Olavo de Oliveira Neto, a tutela coercitiva é um pronunciamento judicial que determina uma prestação, admitindo o descumprimento

⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 333-334.

pelo destinatário, o que acarretará a sanção fixada pelo magistrado que o compeliu a cumprir a obrigação:

(...) a tutela coercitiva e a tutela executiva *stricto sensu* ou por sub-rogação não têm por escopo a efetivação de uma ordem, senão a efetivação de um pronunciamento judicial que condena a uma prestação. Por isso o conteúdo do pronunciamento admite descumprimento pelo seu destinatário, havendo a possibilidade de a satisfação não ocorra de imediato.

(...)

o juiz fixa uma medida apta a forçar o executado a atender a determinação judicial (v.g., multa, prisão por dívida alimentar). Nesse momento o executado pode optar por não cumprir o determinado e sofrer a sanção ou por cumprir o determinado, uma vez que a sanção lhe parece ser mais grave do que o cumprimento. Nesse caso, a satisfação é imediata e naquele, muitas das vezes, a satisfação acaba se dando mediante a conversão da técnica da coerção na técnica de sub-rogação.⁸²

Portanto, as medidas coercitivas são sanções processuais fixadas pelo magistrado visando compelir o destinatário a cumprir determinada obrigação imposta a ele de acordo com o prazo e na forma indicados na decisão proferida, sob pena de o devedor sofrer a sanção prevista previamente na decisão exarada em caso de descumprimento.

Para Humberto Theodoro Junior, as medidas coercitivas são medidas de apoio, pois elas em si não seriam executivas na medida em que não realizam diretamente a prestação. *In verbis*:

Para fazer imperar a ordem jurídica, o Estado utiliza de meios de coação e de sub-rogação.

No primeiro caso, temos a multa e a prisão, que são sanções de caráter intimidativo e de força indireta para assegurar a observância das regras de direito. No conceito do direito processual civil, os meios de coação não integram o quadro das medidas executivas propriamente ditas, muito embora parte da doutrina costume apelidá-los de execução indireta.⁸³

Logo, as medidas coercitivas apenas servem de apoio às reais medidas executivas, isto é, aquelas que diretamente proporcionarão o implemento da prestação que o título executivo garante ao credor. Com elas, o juiz, como já dito, coage o devedor a realizar o cumprimento da prestação devida, seja (a) o pagamento de uma dívida, (b) a entrega de um bem, (c) cumprindo uma obrigação de fazer, ou,

⁸² OLIVEIRA NETO, Olavo, *ob. cit.*, p. 122-123.

⁸³ THEODORO JR., Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2017. p. 61.

ainda (d) desfazendo algo já feito ou não fazendo algo que pretende fazer, conforme indicado na decisão proferida.

Destarte, as medidas coercitivas por si só não fazem com o que o destinatário da ordem cumpra a obrigação disposta na decisão, mas tão somente, em virtude do grau de gravidade da medida coercitiva que lhe será imposta caso não cumpra a ordem judicial, faz com que o devedor, sopesando o ônus e o bônus em descumprir a obrigação que foi imposta, decida por cumprir o determinado pelo magistrado, dando cumprimento ao princípio da efetividade da jurisdição.

Em que pese a sanção fixada pelo descumprimento ser emanada pela força do Estado-juiz, este tipo de medida não se trata de execução forçada, como, v.g., a sub-rogação, eis que não há nenhum ato do juiz que afetará diretamente o destinatário da ordem em um primeiro momento, eis que, caso o devedor cumpra a obrigação, a medida coercitiva já fez valer a sua natureza jurídica que é de compelir o destinatário da obrigação a cumprir sem que seja necessário qualquer ato direto do Estado para tanto.

Exemplificando, o artigo 523, do Código de Processo Civil, dispõe de medida coercitiva para que o débito seja quitado no prazo de 15 (quinze) dias após a intimação do devedor a pagá-lo, sob pena de duas sanções: multa e honorários advocatícios, ambos no patamar de 10% (dez por cento) calculados sobre o valor da dívida.

Caso a referida medida coercitiva não seja capaz de compelir o devedor a pagar o débito, há o acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o montante da dívida, podendo o credor requerer a penhora *online* dos ativos financeiros da devedora, ou qualquer outro meio executivo que acredite seja mais eficaz, sendo certo que este último ato, caso deferido, tratar-se-á da execução forçada por sub-rogação.

Novamente, sobre este tema, importante lição de Olavo de Oliveira Neto:

Em suma, uma das espécies de execução forçada (mas não é a única espécie), denominada tutela executiva *stricto sensu*, é aquela que se presta mediante a prática de determinados atos de sub-rogação. Nesse tipo de tutela executiva, moldado pelo tempo e pela legislação para atender às necessidades da execução por quantia, embora possa ser livremente aplicada a outras modalidades de obrigação, ocorre a substituição da atuação prática do executado pela atuação do Estado, que mesmo contra a vontade daquele, pratica todos os atos necessários para que se obtenha a satisfação comum.⁸⁴

⁸⁴ *Ob. cit.*, p. 127.

As medidas coercitivas podem ser típicas, mistas, ou, ainda, atípicas, sendo certo que as típicas são as medidas tipificadas em lei, as atípicas, quando as medidas são fixadas pelo juiz caso a caso, e mistas, quando as medidas são contidas por providências típicas e atípicas.⁸⁵

As medidas coercitivas típicas, conforme se demonstrará a seguir, são aquelas que apresentam todos os seus parâmetros previamente definidos pelo legislador para a sua fixação e aplicação.

Já as medidas coercitivas típicas mistas são aquelas que são tipificadas na legislação, sem, todavia, apresentar todos os seus parâmetros, carecendo de complementação na sua fixação/aplicação pelo magistrado.

Por fim, as medidas coercitivas atípicas são aquelas que não estão dispostas na legislação, escolhidas de acordo com a criatividade dos operadores do Direito que sejam adequadas para o devedor ser compelido a adimplir a obrigação.

Adota-se, portanto, este critério metodológico para qualificar as medidas coercitivas, que serão estudadas mais profundamente a seguir.

2.1 Medidas Coercitivas Típicas

De acordo com o princípio da tipicidade das medidas executivas, a esfera jurídica do executado será afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica, ou seja, pelos mecanismos executivos expressamente previstos em lei. Esta tipicidade tem origem no princípio segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LV, da CF/1988).⁸⁶

Assim, para que fosse possível a fixação de uma medida coercitiva, seria necessária a indicação de todos os parâmetros desta medida pelo legislador, eis que, somente, assim, o princípio do devido processo legal estaria sendo cumprido rigorosamente.

⁸⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 29.

⁸⁶ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Tal regulação completa da medida coercitiva também servia para reduzir ao máximo eventual discricionariedade do magistrado, o que traria previsibilidade ao procedimento executório, bem como segurança jurídica ao devedor.

Portanto, com a adoção das medidas coercitivas típicas possibilita-se ao demandado um grau de previsibilidade acerca dos modos de atuação executivas possíveis, pois a existência de um rol expresso dessas medidas permite antever de que modo a execução irá se realizar.

Aprofundando sobre este tema da tipicidade, Marcus Vinícius Motter Borges apresenta interessante abordagem sobre esta necessidade de regramento dos meios executórios:

Não obstante, trazendo à baila a função de estabelecer segurança, entendida como uma das finalidades da tipicidade, afirmar que os meios executórios previstos na lei são taxativos – ou seja, que é vedado ao juiz valer-se de meios (modelos) diferentes daqueles expressamente determinados pela norma – impõe uma espécie de restrição "com o escopo de tutelar ou resguardar determinados valores, em prol da segurança.

(...)

Noutra banda, pensar na tipicidade dos meios executórios – no sentido e taxatividade para conferir segurança jurídica – significa admitir que apenas os meios (tipos) anteriormente imaginados e positivados pelo legislador na norma processual podem ser empregados na jurisdição executiva, ainda que sejam ineficazes para os fins colimados.⁸⁷

Portanto, do que se extrai, é que, de um lado há a proteção do devedor que somente poderá sofrer atos executórios devidamente previstos em lei, e, do outro lado, a inefetividade da jurisdição, eis que, sabendo exatamente de como poderá ser compelido a pagar ou, ainda, os meios expropriatórios que serão fixados, o devedor consegue se proteger, tornando muito difícil a entrega do bem da vida ao vencedor do processo.

Saliente-se, outrossim, que é impossível ao legislador descrever todas as hipóteses de meios executórios, mormente com o grande avanço da tecnologia em que, hoje em dia, investimentos são armazenados em servidores e com existência de criptomoedas.

Assim, como se verá a seguir, o Código de Processo Civil de 2015, avançando na matéria para mitigar a necessidade de tipicidade dos meios executórios, também possibilitou a adoção de medidas atípicas contra o devedor da obrigação de pagar.

⁸⁷ BORGES, Marcus Vinícius Motter, *ob cit.*, p. 49.

Todavia, segundo respeitada doutrina, capitaneada pelo professor Araken de Assis, somente as medidas típicas seriam constitucionais, já que as medidas atípicas feririam frontalmente o devido processo legal, pois os atos processuais devem ter fundamentação legal devidamente regulamentada pelo Código de Processo Civil:

Sob o ângulo do caráter exemplificativo, *prima facie*, a indeterminação inserida no art. 536, parágrafo 1º, afigura-se inconstitucional. Entendendo-se a atipicidade como indeterminação máxima, consoante defendem os espíritos autoritários, perante a qual o órgão judicial, abstraindo a generosa enumeração do art. 536, parágrafo 1º, produziria meio próprio essencial para atingir determinado resultado, o impedimento resulta evidente. Ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1998), ou seja, por expediente em desacordo com o meio técnico prefixado na lei processual.⁸⁸

Sobre esta discussão, há inclusive, como já indicado anteriormente, ação direta de inconstitucionalidade que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁹ acerca da constitucionalidade da fixação de medidas atípicas, sendo certo que este estudo abordará esta questão mais profundamente em momento posterior.

Ainda sobre o tema medidas coercitivas típicas x medidas coercitivas atípicas, há outra interessante discussão suplementar na doutrina que também indica pela necessidade de esgotamento das medidas típicas para que, posteriormente, seja possível a adoção de medidas atípicas, havendo, inclusive, enunciado do FPPC sobre o tema:

Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, parágrafo 1º, I e II.

Divergindo desta corrente, Marcelo Lima Guerra afirma ser inconstitucional, por violação à isonomia, a subsidiariedade das medidas atípicas às típicas, eis que, além de inexistir qualquer dispositivo legal que fundamente a prioridade de um detrimento a outro, não se pode extrair esta subsidiariedade de ordenamento, mormente porque as duas medidas possuem a mesma finalidade:

⁸⁸ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios "atípicos". In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Y. (Coord.). **Grandes temas do novo CPC**: Medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 128.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 5.941**. Relator: Min. Luiz Fux, 11.05.2018.

Ora, não há nenhuma razão para se dispensar em tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, anti-isonômico que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do princípio constitucional da isonomia (igualmente dotado de status de direito fundamental), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado parágrafo 5º do art. 461 do CPC, a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis.⁹⁰

No entanto, ainda que não julgado em sede de recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, decidindo que as medidas coercitivas típicas devem ser previamente esgotadas para que seja possível, posteriormente, a adoção de qualquer medida atípica:

RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 536, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO, EM TESE. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

(..)

2. O propósito recursal é definir se as medidas executivas atípicas postuladas pelo exequente são passíveis de adoção pelo juiz condutor do processo.

3. O acórdão recorrido não se manifestou acerca do conteúdo normativo do art. 536, parágrafo único, do CPC/15, circunstância que impede a apreciação da insurgência quanto ao ponto.

4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.

7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

8. Situação concreta em que as circunstâncias definidas neste julgamento não foram devidamente sopesadas pelos juízos de origem, sendo de rigor – à vista da impossibilidade de serem revolidas questões fático-probatórias

⁹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

em recurso especial – o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que se proceda a novo exame da matéria.
RECURSO ESPECIAL PROVIDO.⁹¹

Assim, é possível interpretar que o Judiciário ainda se filia a corrente em que se deve utilizar meios executórios típicos para dar uma maior previsibilidade aos jurisdicionados, especialmente aos devedores, sobre quais atos sofrerão em caso de inadimplemento de obrigações.

Ademais, em uma ponderação sobre possível conflito devido ao processo legal – conforme lição de Araken de Assis acima mencionada - e efetividade da jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça opta pela prevalência do primeiro princípio ao segundo.

Retornando à tipicidade das medidas coercitivas, parte da doutrina afirma que a preferência do magistrado na realização de medidas típicas de execução deve se dar por meios menos custosos ao Estado. Assim, a sub-rogação que se dá basicamente pela transformação (conversão de obrigação de fazer em pagamento), desapossamento (busca e apreensão) e expropriação (adjudicação, alienação), devem ser evitados, pois neles há atividades de agentes estatais e terceiros nesta condição, trazendo gastos.

Neste sentido, Marcos Youji Minami:

Os meios sub-rogatórios precisam ser evitados na medida do possível em uma execução. Isso porque neles, como há atividades realizadas por agentes estatais ou terceiros nessa condição, há gastos de recursos humanos e materiais estatais para a realização da prestação devida. Os procedimentos executivos constantes no Código de Processo Civil, se bem analisados, seguem essa perspectiva, conforme se observa a seguir.

(...)

Para evitar, então, as medidas de sub-rogação, existem as medidas coercitivas.⁹²

Deste entendimento perpassam os princípios do modelo constitucional do processo, tal como economia processual e duração razoável do processo, uma vez que a Constituição Federal é a Carta Magna do ordenamento jurídico.

As medidas coercitivas seriam preferíveis às medidas sub-rogatórias, salientando-se, ainda, que, quando há a penhora do bem, a preferência seria pela

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.864.190 – SP**. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 16 de junho de 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1954443&num_registro=202000491396&data=20200619&formato=PDF. Acesso em: 27 dez. 2020.

⁹² MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 149.

adjudicação à alienação, pois além da economia de gastos pela não realização do leilão é menos demorado, eficiente e efetivo.

Portanto, a legislação processual permite a utilização de diferentes técnicas para alcançar o resultado pretendido no processo, que, neste caso, é a efetividade da prestação jurisdicional. Sobre estas diferentes técnicas, valiosa lição de Chiovenda que as explica de forma objetiva, porém profunda em seu conteúdo:

Meios de coação. Dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve. Tais são as multas; o arresto pessoal; os sequestros com função coercitiva. Meios de sub-rogação. Meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado. Tais a apreensão direta das coisas determinadas a que o credor tenha direito; a apreensão das coisas móveis ou imóveis do devedor para convertê-las em dinheiro com o fim de satisfazer os créditos; a realização direta da atividade devida pelo devedor, se fungível; o emprego da força para impedir que o devedor realize uma atividade em contraste com a obrigação de não fazer.⁹³

Quanto ao conteúdo, pode-se dizer que as medidas coercitivas podem ter caráter patrimonial, como no caso da multa, e caráter pessoal, como no caso de prisão civil. Ademais, as *astreintes* são comumente utilizadas para coagir o adimplemento de obrigações de fazer ou não fazer, enquanto a prisão civil se dá pelo inadimplemento de obrigação de pagar pensão alimentícia.

E, por inexistir parâmetros totalmente definidos as multas coercitivas a serem aplicadas nos casos de obrigação de fazer, não fazer e demais hipóteses, tornam a matéria muito controvertida e de aplicação duvidosa pelos Tribunais.

Segundo Olavo de Oliveira Neto, somente a multa de que trata na obrigação de pagar é a única naturalmente típica, eis que apresenta previamente definidos todos os parâmetros, eis que as demais dependem do arbítrio do magistrado em estabelecer os parâmetros necessários à sua aplicação no caso concreto:

Diante deste panorama, torna-se possível afirmar que a primeira das espécies (multa fixa) é aquela que, em realidade, pode ser considerada uma medida coercitiva naturalmente típica, uma vez que apresenta previamente definidos os parâmetros que podem variar quando da imposição da multa. As outras espécies de multa, também consideradas típicas apenas porque

⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 349.

previstas expressamente no Código de Processo Civil, apresentam parte de seu conteúdo indefinido, delegando a lei ao prudente arbítrio do magistrado estabelecer os parâmetros necessários a sua aplicação no caso concreto.⁹⁴

Assim, o meio coercitivo disposto no Código de Processo Civil para o adimplemento de obrigação de pagar (artigo 523, parágrafo 1º), que determina o acréscimo de multa e honorários advocatícios, ambos no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, caso o devedor não pague a dívida no prazo de 15 (quinze) dias úteis de sua intimação, seria o único meio típico que fixasse todos os seus parâmetros, excluindo qualquer dúvida ou margem de interpretação pelos operadores do Direito.

Quanto a estes acréscimos fixados por esta medida coercitiva típica disposta no supracitado artigo, o Superior Tribunal de Justiça⁹⁵ não flexibiliza a fixação dos percentuais fixados em lei, mesmo sendo possível, em tese e utilizar-se como analogia a flexibilização do cálculo final das *astreintes* mesmo vencida ou das medidas coercitivas atípicas, como fundamento pela invocação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

A posição do Superior Tribunal de Justiça pode, contudo, fundamentar-se na impossibilidade de criar qualquer atipicidade quando há uma tipicidade, ou seja, havendo prévia regulação de uma situação jurídica pela lei, não cabe ao juiz alterá-la, seja para tornar mais grave ou mais branda a sua forma de aplicação. Em simples termos: não é cabível a atipicidade na tipicidade.

Referidas medidas coercitivas visando o cumprimento das obrigações são conhecidas no sistema jurídico há bastante tempo e vêm sendo aplicadas pelos Tribunais cotidianamente.

No entanto, em que pese não ser possível mitigar a fixação do acréscimo de 10% (dez por cento) de multa e 10% (dez por cento) de honorários advocatícios disposto no artigo 523, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, é possível verificar um padrão distinto da jurisprudência na fixação da multa diária e da prisão civil do devedor de alimentos a ser cumprido no regime fechado.

⁹⁴ *Ob. cit.*, p. 291.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.803.988**. Relator: Min. Moura Ribeiro, 17 de dezembro de 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119616664&num_registro=201803161920&data=20201218, Acesso em: 02 jan. 2021.

Isto porque na ampla maioria das vezes as *astreintes* são mitigadas quando da execução do seu valor final após reiterado descumprimento da ordem judicial pelo devedor, sendo o montante quase sempre reduzido⁹⁶. Outrossim, também é possível encontrar não raras decisões alterando o regime de cumprimento da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia para o regime domiciliar⁹⁷.

Todavia, como somente na aplicação das *astreintes* é que os Tribunais⁹⁸ invocam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como parâmetro do valor da multa diária – seja na sua fixação, seja na quantificação de seu cálculo final, sendo certo que o presente estudo demanda uma análise mais profunda deste último tema.

2.1.1 Multa Periódica

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 461, parágrafo 4⁹⁹, utilizava o termo "multa diária" como meio coercitivo para compelir o devedor a cumprir uma obrigação de fazer, não fazer, indicando, todavia, no parágrafo 6¹⁰⁰, do mesmo artigo, que o juiz poderia, a seu critério e de ofício, modificar a periodicidade da multa caso se constate que ela se tornou insuficiente ou excessiva.

Esta expressão "multa diária" foi retirada pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 537¹⁰¹, utiliza tão somente o termo "multa", permanecendo, todavia, a possibilidade de o juiz alterar a sua periodicidade da multa vincenda, ou

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0006648-20.2019.8.26.0005**. Relator: Des. José Joaquim dos Santos, 13 de novembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI005JXMQ0000&gateway=true>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus nº 1.0000.19.009229-6/000**, Desembargador Relator: Luís Carlos Gambogi, 12.04.2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/prisao-domiciliar-com-tornozeleira-eletronica-em-acao-de-alimentos.htm#.XthS825FzIU>. Acesso em: 01 dez. 2019.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2238714-16.2020.8.26.0000**. Relator: Des. Hugo Crepaldi, 05 de novembro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0063GL80000&gateway=true#?cdDocumento=19>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁹⁹ 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.

§ 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.

¹⁰⁰ § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

¹⁰¹ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

excluí-la nos casos em que ela se tornou insuficiente ou o obrigado tenha demonstrado o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (artigo 537, parágrafo 1º, I e II¹⁰²).

Assim, ao que parece, o legislador encampou a crítica de muitos doutrinadores, entre eles Alexandre Câmara, que discordava do termo "multa diária", enfatizando, já em 2004, que o correto seria o termo "multa periódica":

Denomina-se *astreintes* a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua prestação.¹⁰³

No entanto, em que pese Alexandre Câmara utilizar como sinônimo *astreintes* e multa periódica, o presente estudo não abordará a questão desta forma, considerando que *astreintes* seriam qualquer meio coercitivo que tenha, por óbvio, intuito de obrigar, sujeitar, apertar, constranger.¹⁰⁴

Sobre este, Humberto Theodoro Júnior traduzindo a figura da *astreinte* dada pela Corte de Cassação da França quando do deferimento de um arresto, indica pela generalidade deste termo para abranger toda e qualquer medida para vencer a resistência do devedor ao cumprimento de uma obrigação:

Uma boa conceituação do que seja *astreinte*, figura originada do direito francês, foi dada pela Corte de Cassação da França, que a definiu em arresto de 1976 como "uma medida destinada a vencer a resistência oposta à execução de uma condenação."¹⁰⁵

Novamente quanto à crítica da expressão multa diária, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Manoel Arruda Alvim Netto já indicavam que a multa poderia ser fixa, por minuto, ou por outras variáveis:

¹⁰² § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

¹⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. v. 2, p. 261.

¹⁰⁴ "Esse vocábulo vem do verbo latino *adstringere* (ou *astringere*) (*adstringo, adstrinxi, adstrictum*), com o sentido de obrigar, sujeitar, apertar, constranger." (CARVALHO, Luiz Camargo Pinto de. *Saisine e Astreinte*. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 95, 2004).

¹⁰⁵ *Ob. cit.*, p. 827.

Quando o legislador mencionou multa diária, disse mais do que queria. A multa não precisa ser diária, pode ser fixa, com um momento específico de incidência e isto ocorre quando a violação à ordem do juiz se concretiza por um ato. Assim como pode incidir por minuto, por exemplo. Basta pensar-se na violação de uma decisão que proíba a veiculação de certa propaganda na TV.¹⁰⁶

Define-se desde já, destarte, a metodologia científica aplicada neste presente estudo quanto à multa ao não identificá-la como sinônimo de *astreinte*, bem como conceituá-la como multa periódica, eis que a multa diária é apenas uma das possibilidades do termo de sua fixação.

A multa periódica foi perfeitamente definida por Enrico Tullio Liebman como "*a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.*"¹⁰⁷

Em breve regressão histórica, conforme já exposto anteriormente, a multa periódica foi importada do Direito francês, sendo amplamente conhecida e aplicada no sistema jurídico por diversos anos como meio coercitivo típico.

Na França, a multa teve natureza jurisprudencial e posteriormente foi encampada pela legislação, sendo certo que sua natureza já foi de cunho indenizatório - eis que era vinculada ao prejuízo do credor - e tão somente em 1991 teve seu caráter coercitivo reconhecido pela legislação. Atualmente, inclusive, no código de processo francês há o destaque de tal caráter. É o que nos ensina Medina sobre a sua natureza e evolução histórica:

As astreintes surgidas no direito francês significara, de certo modo, uma reação à radical regra *nemo potest cogi ad factum*. Embora se trate de medida coercitiva de caráter patrimonial, a sua criação pela jurisprudência francesa revela a insatisfação oriunda daquele outro sistema, que impedia o uso de qualquer medida coercitiva contra o devedor, e que chegava a considerar a obrigação de fazer como uma obrigação natural ou facultativa.

Tais medidas surgiram, inicialmente, em decorrência do labor jurisprudencial, com caráter nitidamente coercitivo, desvinculado da indenização de eventuais perdas e danos. Posteriormente, contudo, a mesma jurisprudência experimentou alguma alteração, vinculando o valor das astreintes ao do prejuízo sofrido pelo credor. Desse modo, as astreintes passaram a ter caráter indenizatório, e não mais coercitivo. Foi somente com a Le 72-626, de 05.07.1972 que as astreintes intérets. A regra hoje é prevista no Code des

¹⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 142, p. 15-16, dez. 2006.

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook, 2003. p. 280.

procédurs civiles d'exécution français, em seu artigo L131-2, inserido pela Ordonnance 2011-1895, de 19.12.2011.¹⁰⁸

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente sob a égide do CPC/39, também trazia a discussão acerca da conversão da multa em perdas e danos, até o limite da obrigação, sendo certo que o pagamento das perdas e danos também extinguiu o dever de pagar a multa. Ou seja, era um instituto que não continha um efeito coercitivo, eis que não acarretava qualquer decréscimo patrimonial do devedor ao não cumprir a obrigação imposta pelo magistrado.

Nestes termos, importante destacar a crítica da doutrina acerca do efeito coercitivo da multa diária naquela legislação adjetiva:

a cominação de pena diária, com feição puramente punitiva ou coercitiva não tem assento específico em nosso direito positivo; forçoso é, pois, ajustar essa modalidade cominatória aos preceitos legais que regem a matéria genericamente. Ou se toma por essa via, ou se introduzirá na prática forense, um instituto ilegal, como ilegal é a astreinte.¹⁰⁹

Somente com a as alterações legislativas que alteraram o Código de Processo Civil de 1973 foi incluída no ordenamento jurídico a tipicidade da multa coercitiva para compelir o devedor a adimplir obrigações de fazer e não fazer, possibilitando a cumulação da cobrança da multa por descumprimento, bem como as perdas e danos, ou, ainda, a fixação de outras medidas para que fosse cumprido o princípio da congruência no que tange a efetividade da jurisdição¹¹⁰.

Segundo Rafael Caselli Pereira, esta evolução legislativa teve forte influência na Lei de Ação Civil Pública, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor, acarretando as reformas do Código de Processo Civil de 1973 através das leis nº 10.352/01, 10.358/01, 10.444/02, 11323/05 e 11.382/06.¹¹¹

¹⁰⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**: teoria geral, princípios fundamentais, procedimento no processo civil brasileiro. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 319.

¹⁰⁹ NUNES, Antônio de Pádua. Da cominação de multa diária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 46, n. 256, p. 25, fev. 1957.

¹¹⁰ Para Barbosa Moreira "A exigência da correlação entre a sentença e o pedido tem um aspecto muito importante para o autor: a segurança de que, desde que satisfeitos os requisitos de validade do processo e as chamadas condições de ação, o seu pedido será totalmente julgado. O princípio de que a sentença deve ser congruente com o pedido funciona em dois sentidos: mão e contramão. Às vezes esquecemos um desses aspectos e damos maior ênfase ao outro. Ao juiz é proibido exceder o pedido ou julgar fora do pedido, mas não nos esqueçamos de que há o dever, para o juiz, de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 83, jul./set. 1996, p. 208).

¹¹¹ PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreite) e o CPC/2015**: visão teórica, prática e jurisprudencial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 43.

Assim, visando aumentar o grau de efetividade, posteriores alterações legislativas datadas desde os anos 1990 até os anos 2000, que implementaram novamente o sincretismo processual, com a sincretização do processo de conhecimento e processo executivo de título judicial, ampliaram também as medidas executivas de caráter patrimonial.¹¹²

Sobre a necessidade vista pelos legisladores para alcançar uma maior efetividade das decisões judiciais, Cândido Rangel Dinamarco acentua que a multa que poderá ser imposta pelo juiz para compelir psicologicamente o devedor é eficiente e capaz de proporcionar o credor uma rápida satisfação do seu direito:

A profunda remodelação por que passou a tutela específica das obrigações de fazer ou de não-fazer repercutiu in executivis mediante nova formulação que a Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, veio dar aos arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil. Constitui a síntese e lema dessa novidade o reforço das astreintes. Quis o legislador, visivelmente, revigorar o instituto e dotá-lo de maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efetividade das decisões judiciais e das obrigações concertadas mediante títulos executivos extrajudiciais (óbices ilegítimos ao acesso à justiça). (...) O reforço do sistema de astreintes implantado pelo Código de Processo Civil em 1974 é o reconhecimento da valia psicológica desse meio de execução indireta, conforme expressa declaração contida na justificativa que acompanhou o projeto da Lei nº 8.953. Sabe o legislador que os meios de pressão psicológica são particularmente eficientes e capazes de proporcionar ao credor mais rapidamente a satisfação do seu direito, mediante a retirada da resistência do obrigado.¹¹³

Importante acréscimo legislativo pode ser encontrado no parágrafo 5º, do artigo 461, do Código Civil de 1973¹¹⁴, que dispunha sobre o resultado prático equivalente, e possibilitou ao magistrado fixar a multa por tempo de atraso, ou, ainda, busca e apreensão, remoção de coisas, pessoas, dentre outras medidas.

Assim, ao magistrado estava conferida a possibilidade de adotar diferentes técnicas processuais para que fosse cumprida a obrigação imposta, entregando o exato bem da vida objeto da lide. Nestes termos, Casso Scarpinella Bueno:

É correto, desta perspectiva de análise, o entendimento de que a diferença entre a tutela específica e o resultado prático equivalente ao do adimplemento repousa nas técnicas a serem empregadas jurisdicionalmente – na atividade

¹¹² MEDINA, José Miguel Garcia, *ob. cit.*, p. 320.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 241.

¹¹⁴ § 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.

jurisdicional executiva a ser desempenhada, portanto – para a obtenção do cumprimento da obrigação (pedido imediato), isto é, para prosseguimento do bem da vida pretendido pelo autor (pedido mediato).¹¹⁵

Para Marcelo Abelha, o resultado prático equivalente disposto na lei possibilita a entrega do bem da vida diverso daquele requerido pelo autor, sem que isto viole o princípio da congruência, desde que atenda as expectativas do credor, sem agravar a situação do devedor:

E quando não foi possível alcançar a tutela específica, ou seja, o mesmo resultado, caso tivesse sido espontaneamente cumprida a obrigação?

Portanto, considerada a impossibilidade de obtenção da tutela específica, exsurge a questão formulada no parágrafo anterior. Deve-se converter a obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos ou há ainda outra possibilidade de obter um resultado prático *in natura*, embora diverso do originalmente previsto na obrigação inadimplida?

Em nosso sentir, o resultado prático equivalente é forma de obter uma reparação específica (*in natura*), portanto, um resultado que não coincide com aquele originalmente previsto no plano do direito material, mas que do ponto de vista prático atende, a um só tempo, às expectativas do credor sem agravar a situação do devedor.

Argumentar-se-ia que não seria lícito pensa que o resultado prático equivalente fosse distinto daquele obtido na tutela específica, porque senão estaríamos diante de uma decisão *extra petita*, na peida em que o resultado alcançado seria diverso do pleiteado.

A nosso ver, a própria previsibilidade legal do "resultado prático equivalente" no art. 536 do CPC já demonstra que não existe violação da congruência entre pedido e sentença.¹¹⁶

No entanto, ainda que a entrega equivalente do bem em litígio seja possível no ordenamento jurídico, certamente o Estado deve utilizar seus esforços para que, primordialmente, a tutela jurisdicional específica seja alcançada e entregue ao vencedor do processo.

A evolução da efetividade da jurisdição está estritamente ligada à evolução da fixação das medidas executivas e sua aplicação pelos Tribunais, que, no caso das *astreintes*, apesar de ser amplamente utilizada, carece, conforme se demonstrará, de uma melhor rigidez para garantir maior efetividade.

Para Humberto Theodoro Júnior, a astreinte seria "*a mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do devedor*"¹¹⁷, que, visando cumprir sua natureza jurídica de

¹¹⁵ BUENO, Casso Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 397-398.

¹¹⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 231.

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 09-33, jan./mar.2002. p. 24.

coerção, atinge diretamente o patrimônio do devedor para compeli-lo a cumprir a obrigação que lhe foi imposta, visando a entrega jurisdicional específica.

Portanto, serve a *astreinte* para compelir o devedor a cumprir a tutela específica, visando impedir a conversão da obrigação em perdas e danos que, conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno, "*sua natureza repousa no caráter intimidatório, para conseguir do próprio réu (executado) o específico comportamento (ou abstenção) pretendido pelo autor (exequente) e determinado pelo magistrado.*"¹¹⁸

Certamente é o meio coercitivo mais utilizado pelos advogados, e concedidos pelos magistrados na tentativa de coerção do devedor a adimplir com a obrigação que lhe foi imposta. E, em decorrência de sua (aparente e indevida) flexibilidade na imposição da multa e sua quantificação final, torna a sua concessão mais fácil e menos dolorosa ao juiz, já que, a qualquer momento pode (ou poderia) alterar as regras do jogo para reduzir ou majorar esta medida coercitiva típica.

Conforme muito bem ensina Olavo de Oliveira Neto em obra já citada, em decorrência de parâmetros concretos e exaustivos acerca da aplicação desta medida ela deve "*ser considerada como intermediária entre a tipicidade e atipicidade*", elencando, ainda as hipóteses que sua aplicação são encontradas no ordenamento:

Encontram-se nessa situação de "tipicidade por força de lei", que pode em certa medida ser considerada como intermediária entre a tipicidade e a atipicidade, porque estão previstas expressamente, mas não ostentam todos os parâmetros necessários a sua aplicação: a) multa para a entrega do objeto fundada em tutela de evidência (art. 311, III); b) a multa imposta ao terceiro que não exhibe a coisa ou o documento (arts. 380, parágrafo único e 403, parágrafo único); c) a multa destinada a forçar o cumprimento de liminar concedida em ação que versa sobre obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (art. 500); d) a multa destinada a forçar o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (art. 536, parágrafo 1º, c.c. art 537 e 538, parágrafo 3º); e) multa fixada na execução de obrigação de fazer e de não fazer fundada em título extrajudicial (art. 814, caput).¹¹⁹

A principal questão quanto à multa periódica se dá pela interpretação do disposto no artigo 537, parágrafo 1º, do CPC, eis que referido artigo possibilita a redução, até mesmo de ofício, pelo magistrado, do valor da multa quando ela se mostrar "*insuficiente ou excessiva*".

¹¹⁸ *Ob. cit.*, p. 44.

¹¹⁹ *Ob. cit.*, p. 291.

Portanto, como a lei, pelo menos de forma aparente, garante certa liberdade ao magistrado ao aplicar referida multa coercitiva, ante a sua, repise-se, ausência de fixação legal e prévia dos seus parâmetros, tais como prazo para cumprimento e valores, por isso seu controle e aplicação pelo Judiciário carece de segurança jurídica.

Logo, ao fixar a multa periódica para o cumprimento de uma obrigação, o juiz deve verificar, *a priori*, se o valor coagirá o devedor a cumprir àquela obrigação.

Esta é, inclusive, a orientação do Superior Tribunal de Justiça que determina que a insuficiência ou excessividade da multa fixada não deve ser verificada analisando o total da multa alcançada em decorrência do inadimplemento, mas, sim, se o *quantum* no momento da fixação está de acordo a situação dos autos:

(...)

2. Para verificar se o valor da multa cominatória é exorbitante ou irrisório, ou seja, se está fora do patamar de proporcionalidade e de razoabilidade, deve-se considerar o quantum da multa diária no momento da sua fixação, em vez de comparar o seu total alcançado com a integralidade da obrigação principal, tendo em vista que este critério prestigiaria a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial, além de estimular a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio à atividade jurisdicional das instâncias ordinárias. (...).¹²⁰

Porém, o debate principal referente à multa diária é exatamente a análise do valor final alcançado pela recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação que lhe foi imposta.

Neste ponto, verificar-se-á ponto de convergência na invocação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como critério de parametrização da fixação do valor final da multa periódica com a adoção das medidas coercitivas atípicas.

A pesquisa jurisprudencial acerca dos parâmetros para o cálculo final do valor da multa diária demonstra que a genérica invocação destes princípios para, constantemente, reduzir o valor final da multa, demonstra que sua fixação inicial não tem sido exitosa na coação do devedor a cumprir a obrigação.

Outra importante questão desta modificação final do valor da multa periódica é a alteração de sua natureza, de coercitiva para indenizatória, nos termos do

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1362273/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 18 de fevereiro de 2019. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=92454010®istro_numero=201802357980&peticao_numero=201800680039&publicacao_data=20190221&formato=PDF. Acesso em: 30 nov. 2020.

ensinamento de Medina acima colacionado, o que é vedado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹²¹

Destarte, é possível se criticar por diversos ângulos a alteração da multa diária já vencida, sendo certo, repise-se, que a forma mais comum para a concretização desta redução da multa periódica se dá pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como se demonstrará de forma mais aprofundada a seguir.

2.1.1.1 Periodicidade

Apesar de, conforme abordado acima, somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que foi retirada da legislação adjetiva a expressão "multa diária", os Tribunais há muito já vinham fixando a periodicidade da multa de acordo com sua máxima da experiência para compelir o imediato cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer pelo devedor.

Não é raro encontrar decisões que fixam o prazo para cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer em horas, caso haja uma urgência muito grande para a prestação jurisdicional¹²², ou, ainda, em meses, caso o seu cumprimento necessite da realização de atos mais elaborados ou complicados, como obras, projetos etc.

Outrossim, não é raro encontrar decisões que fixam multa única, multa mensal, multa por ato de descumprimento, sendo possível encontrar ainda outras nuances de periodicidade da multa ante a complexidade dos diversos casos que podem surgir na sociedade atual.

Sobre este tema, Araken de Assis, já indicava, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, que a multa pode ser fixada por tempo de atraso, seja semanal, mensal ou semestral:

Anteriormente à Lei 10.444/2002, em razão da letra explícita dos arts. 644, caput, e 645, caput, a única grandeza de tempo admissível era o dia, lapso temporal de vinte e quatro horas, diversamente da astreinte francesa. Segundo a nova redação do art. 461, §5º, a multa poderá ser 'por tempo de

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1804563**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 25 de agosto de 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106440058&num_registro=201900788080&data=20200831&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 28 nov. 2020.

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2219528-07.2020.8.26.0000**. Relator: Des. Salles Rossi, 21 de novembro de 2020. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=14187561&cdForo=0>. Acesso em: 28 nov. 2020.

atraso'. Logo, qualquer grandeza temporal poderá ser adotada (semana, mês, semestre).¹²³

É por esta razão que o artigo 537, do Código de Processo Civil, utiliza do termo indeterminado "*prazo razoável para cumprimento do preceito*", deixando a cargo do magistrado para indicar o tempo necessário para o cumprimento da obrigação, levando em consideração não só a urgência do provimento, mas como também a facilidade/dificuldade na realização da obrigação imposta.

Sobre a utilização do conceito jurídico para a fixação da periodicidade para cumprimento da obrigação, Luiz Guilherme Aidar Bondioli esclarece, em que pese invocar "noções de proporcionalidade e razoabilidade" – que conforme este estudo não se aplica à fixação da multa periódica. Esta opção pelo legislador possibilita a fixação, pelo magistrado, de acordo com as nuances de cada caso, a melhor opção da periodicidade para se adequar às particularidades da situação fática:

Ainda dentro da terminologia empregada na regulação da multa, deve ser consignado que o legislador se vale de conceitos jurídicos indeterminados na disciplina do instituto. É o caso dos termos 'suficiente', 'compatível' e 'razoável'. Esses conceitos têm uma parte nuclear de seu conteúdo fixa e outra parte fluida, a ser preenchida de acordo com as nuances do caso concreto, à luz das noções de proporcionalidade e de razoabilidade. Aqui acertou o legislador, pois as medidas de coerção não comportariam regulação abstrata e fechada, descolada das peculiaridades da situação fática.

Portanto, cabe ao magistrado, ao se deparar com um caso em que seja necessária a concessão de uma tutela de urgência ter a sensibilidade para fixar o tempo de cumprimento justo para o cumprimento da obrigação de acordo com sua complexidade na visão do devedor, e da urgência na visão do credor, impondo, ademais, a periodicidade e valor da multa também de acordo com parâmetros e critérios bem definidos para que o caráter coercitivo da medida alcance sua finalidade.

Ainda sobre este tema, Eduardo Talamini também destaca que o prazo para cumprimento da obrigação imposta pelo magistrado não pode ser curto demais para acarretar a impossibilidade de cumprimento tempestivo pelo devedor, nem longo a ponto de se tornar inócua ao credor:

o lapso de tempo concedido ao réu não poderá ser curto em demasia, de modo que o impeça de cumprir a ordem tempestivamente, ainda que queira;

¹²³ *Ob. cit.*, p. 639.

nem longo a ponto de ser inócua a tutela que se concedeu ao autor. Mais uma vez, as circunstâncias concretas é que terão de ser consideradas.¹²⁴

Além da periodicidade fixada pelo juiz para cumprimento da obrigação, há, outrossim, a periodicidade da multa fixada em caso de descumprimento da ordem judicial pelo devedor.

Neste ponto, a doutrina também utiliza outros critérios para indicar a periodicidade da multa como, por exemplo, a natureza do ilícito a ser obstado pela decisão proferida. Segundo novamente a doutrina de Eduardo Talamini, a periodicidade diária só seria adequada se a obrigação não se exaurisse em um único momento:

A cominação de multa de periodicidade diária só é adequada quando se está diante de deveres de fazer e de não fazer cuja violação não se exaure em um único momento.¹²⁵

Nesta linha de raciocínio, a multa diária só deve ser fixada pelo magistrado quando a obrigação for de trato continuado e que aquele ilícito gere danos permanentes ao credor, como, por exemplo, a necessidade de entrega de um bem, ou, ainda, a imediata interrupção da realização de uma obra. Assim, ausência de entrega do bem do devedor ao credor gera a este um dano diário ante a impossibilidade de dispor deste bem mesmo após determinação judicial, fato que pode ser comparado – de forma singela – a ausência de interrupção de uma obra por violação ao direito de vizinhança: a cada dia o devedor viola a ordem judicial e causa dano constante e permanente a outra parte.

A multa pode ser fixada por ato ilícito causado pelo devedor, sendo, neste caso, imposta pela periodicidade única, bastando o descumprimento da obrigação na forma determinada para a fluência da multa imposta. A doutrina também trata da possibilidade de fixação de multa fixa quando o magistrado se depara com um ilícito instantâneo, em que, caso não seja obstada a sua prática naquele momento, a ordem se torna inócua, inexistindo razão para a fluência de nova multa, pois o ilícito já se encerrou.¹²⁶

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**: CPC, art. 461; CDC art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 248.

¹²⁵ *Idem*, p. 236.

¹²⁶ Vale salientar que, em virtude do seu caráter acessório, a multa 'diária' imposta para evitar um ilícito 'instantâneo' deixaria de incidir na exata medida em que, descumprida a ordem judicial, não fosse mais viável a obtenção da tutela específica. Assim, voltando ao exemplo citado, realizada a conduta que se

É possível identificar esses casos de aplicação de multa fixa em situações corriqueiras na sociedade: (a) realização de uma festa de casamento em uma data específica; (b) não realização de determinado evento; (c) participação de um cantor em determinado show; (d) disponibilização de um quarto de hotel para determinada data etc.

Em todas as situações acima, o ilícito se exaure por si só quando não é cumprida a obrigação, eis que é impossível o seu cumprimento posterior. Assim, é desnecessária a fluência da multa por período superior a uma única oportunidade que é exatamente o descumprimento da obrigação específica.

Teori Zavascki descreve de forma brilhante as situações em que podem devem ser fixadas a multa fixa:

(...) a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada pela violação. Embora se tratem, ambas, de meio de coerção patrimonial, as duas espécies de multa são instrumentos executórios substancialmente diferentes, seja quanto ao valor, seja quanto ao modo de atuar. Figure-se com exemplo, a hipótese de atleta obrigado a não participar de determinada competição esportiva e que ameaça fazê-lo. A multa adequada a induzir o comportamento devido será, não a multa diária, mas a de valor fixo, que, em caso de antecipação de tutela, há de ser cominada invocando-se o § 5º, do art. 461, e não o § 4.¹²⁷

É certo, outrossim, que o magistrado poderá impor a multa fixa para cada ato ilícito praticado pelo devedor, sendo um bom exemplo desta possibilidade uma tutela de urgência para impedir determinada cobrança indevida de algum item mensal de determinada operadora de telefonia. Neste caso, a multa é fixada a cada boleto emitido pela operadora em que haja a cobrança do item determinado pela decisão judicial que não é devido pelo autor da ação.

Há, destarte, a multa fixa pode ser híbrida quanto ao seu caráter instantâneo, eis que basta a emissão do novo boleto com a cobrança indevida para a sua fluência, e seu caráter de trato continuado, pois até o distrato do contrato haverá a emissão de

queria evitar, a multa diária incidirá apenas uma vez (é dizer, um dia), em função da sua incidência automática decorrente do descumprimento. A partir daí, considerando que o objetivo da multa é forçar o cumprimento de uma obrigação, a medida não deverá incidir nos dias subsequentes, porque já não mais será possível o cumprimento, na forma específica, da prestação que se pretendia ver satisfeita (no exemplo dado, um não fazer). (DIDIER JR., Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil: execução**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 5, p. 462).

¹²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **A antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 144.

novas faturas que podem conter o ilícito indicado na decisão que deferiu a tutela de urgência.

Do que se extrai, portanto, é que a periodicidade da multa no que tange ao prazo para o seu cumprimento, é que o magistrado deve fixar o termo para cumprimento da obrigação considerando parâmetros: (a) para o devedor (i) dificuldade e complexidade do cumprimento da ordem judicial; (ii) prazo que não o incentive na permanência da prática do ilícito; (b) para o devedor: (i) urgência na efetividade da jurisdição; (ii) não tornar inócua a prestação jurisdicional.

Já quanto a periodicidade da multa em si, a relação de direito material deve ser levada em consideração para que seja adequada ao título de ilícito que se deseja reprimir, mormente quanto a sua natureza de trato continuado de dano permanente, obrigação específica instantânea, ou, ainda, obrigação de trato continuado de obrigação específica espontânea.

Assim, ao se verificar esta peculiaridade, o magistrado fixará multa diária, mensal ou fixa: (a) pelo descumprimento específico de uma obrigação; (b) por ato de descumprimento da obrigação.

2.1.1.2 Exclusão da Multa Periódica

O artigo 537, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil¹²⁸ dispõe pela possibilidade de o magistrado excluir a multa periódica imposta, indicando, no inciso II¹²⁹, do referido texto normativo, as causas que podem fundamentar esta exclusão, quais sejam, (a) o cumprimento parcial superveniente da obrigação, ou (b) justa causa para o descumprimento.

Na primeira hipótese, o juiz poderá excluir parcialmente o valor da multa, pois parte da obrigação foi cumprida, fluindo tão somente outra parte da multa referente a outra obrigação pendente de cumprimento pelo devedor. Já na segunda hipótese, a exclusão da multa será integral e permanecerá enquanto perdurar a justa causa que

¹²⁸ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

¹²⁹ II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

impossibilita o seu cumprimento, sendo certo, outrossim, que esta justa causa pode ser permanente.

Segundo Guilherme Rizzo Amaral, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, a exclusão da multa poderá ser em parte retroativa e em parte com vistas para o futuro:

A demonstração de cumprimento parcial superveniente da obrigação pode ensejar tanto a modificação do valor ou periodicidade da multa quanto a supressão parcial do crédito já incidente. Para o futuro, poderá o juiz redefinir o valor ou periodicidade da multa de acordo com o que restou para o réu cumprir da obrigação. Retroativamente, poderá o juiz suprimir o montante já incidente proporcionalmente ao que foi cumprido da obrigação e desde a data do cumprimento parcial.¹³⁰

Assim, nos casos de cumprimento parcial da obrigação, o magistrado deverá adequar a multa de acordo com o ato realizado pelo devedor, tanto para reduzir de forma retroativa a multa, quanto para fixar novos parâmetros que tenham força coercitiva ao devedor a cumprir a parte restante da obrigação não cumprida neste primeiro momento.

Se, *v. g.*, o magistrado obrigar um devedor a entregar dois quadros que estejam em sua posse, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), e o devedor efetiva a entrega de apenas um deles, ao ser contabilizada a multa diária pelo descumprimento parcial, o magistrado poderá fixar como R\$5.000,00 (cinco mil reais) a multa já devida, suprimindo R\$5.000,00 (cinco mil reais) referente a obra já entregue.

Outrossim, poderá majorar a multa diária para R\$15.000,00 (quinze mil reais) para a entrega da obra faltante, eis que o valor fixado anteriormente não foi suficiente para compeli-lo a entregar a referida obra.

Já a justa causa provoca a suspensão da exigibilidade da multa de forma temporária, ou, ainda, sua exclusão permanente. Nesta hipótese, basta o devedor afirmar que não pode, naquele momento, cumprir a obrigação, ou, ainda, que a obrigação jamais poderá ser cumprida.

Segundo a lição de Araken de Assis, a justa causa pode se dar com ou sem culpa do obrigado, bastando que seja impossível o cumprimento da obrigação para que, a partir deste momento, a multa seja excluída:

¹³⁰ *Ob. cit.*, p. 1565.

tornada impossível a prestação in natura, com ou sem culpa do obrigado, a pena restará inexigível desde este momento, porque igualmente inviável seu escopo, que é a execução específica. Relativamente às vantagens auferíveis pelo credor, juntamente com as perdas e danos porventura cabíveis, realizar-se-á o cômputo da pena do dia de sua incidência até aquele acontecimento que inviabilizou o cumprimento in natura.¹³¹

Assim, não importa qual o motivo da justa causa, sendo de rigor a exclusão da multa tão logo seja comprovado ao magistrado que a obrigação imposta não poderá ser cumprida. E a razão para exclusão da multa é óbvia: inexistirá qualquer multa que possa ter força coercitiva para o cumprimento de obrigação que é impossível de cumprir.

E, sobre a exclusão da multa mesmo por culpa do devedor, Guilherme Rizzo Amaral indica que, mesmo em um ato de fúria do devedor que torna impossível o cumprimento da obrigação, isto deve ocorrer, sob pena de transformar a natureza coercitiva da multa em punitiva:

É irrelevante aqui, que o próprio devedor tenha tornado a obrigação impossível. Imagine-se, por exemplo, que tenha sido determinado ao devedor a entregar obra de arte ao credor, sob pena de multa, e que o devedor, em ato de fúria, resolva destruir a obra, ateando-lhe fogo. Por mais que o ato do devedor seja reprovável e deva resultar na conversão da obrigação em perdas e danos assim como na adoção de medidas punitivas em face da referida conduta, é evidente que, após o ocorrido, não há como se reconhecer a incidência da multa. DO contrário, a multa incidiria ad eternum, o que seria absurdo e em total desacordo com a natureza coercitiva das astreintes.¹³²

Portanto, comprovando o devedor pela impossibilidade do cumprimento da obrigação, a multa é suspensa/excluída desde o momento em que restou comprovada esta impossibilidade. Se, por exemplo, o devedor não poder cumprir determinada obrigação personalíssima porque estava embarcado em uma plataforma de extração de petróleo, a multa deverá restar suspensa pelo período em que estava embarcado. Outrossim, a multa deve ser excluída caso o devedor, por exemplo, comprove que não tem mais sanidade mental ou motora para cumprir determinada obrigação personalíssima que exige determinada habilidade que possuía e atualmente não possuía mais.

Destaque-se que, no caso de justa causa que seja comprovada a impossibilidade permanente do cumprimento da obrigação, a multa será devida desde

¹³¹ *Ob. cit.*, p. 661.

¹³² *Ob. cit.*, p. 1565.

a intimação do devedor de sua fixação, até a comprovação desta indisponibilidade, devendo o magistrado, outrossim, fixar indenização por perdas e danos que serão cumulativos à multa devida, conforme nos ensina Kazuo Watanabe:

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva.¹³³

Do que se depreende, portanto, que esta exclusão da multa por justa causa permanente possui efeito *ex nunc*, ou seja, fluindo da data da intimação até a data da comprovação da impossibilidade de seu cumprimento. E, sobre o efeito *ex nunc* desta alteração da multa, importante lição de Livia Cipriano Dal Piaz:

Se eventualmente sobrevier situação fática que impeça o cumprimento da prestação *in natura*, sem culpa do obrigado, outra solução não restará senão a exclusão da multa pecuniária. Também nos casos em que a multa não gere o efeito desejado, a parte pode pedir, ou mesmo o juiz pode excluir de ofício, a multa, por decisão com efeito *ex nunc*, aplicando em seu lugar demais medidas, denominadas sub-rogatórias (...)¹³⁴

A exegese do artigo 537, parágrafo 1º, II, do Código de Processo Civil, indica a possibilidade de exclusão da multa, de forma parcial ou integral, ou, ainda, suspendê-la, sendo possível encontrar, nesta exclusão, dois efeitos: (a) retroativo; (b) para o futuro. O efeito retroativo poderá ocorrer quando houver o cumprimento parcial da obrigação, excluindo do cômputo da multa o valor proporcional à obrigação cumprida. Já o efeito futuro se dará com a nova fixação do magistrado para compelir o devedor no cumprimento da obrigação restante.

E, na justa causa permanente ou temporária, o efeito será sempre *ex nunc*, ou seja, paralisando a incidência da multa quando da comprovação da justa causa para o seu descumprimento.

¹³³ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 47.

¹³⁴ PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das astreintes. **Revista jurídica**, Porto Alegre, n. 328, fev. 2005, p. 76.

2.1.1.3 Revisão da Multa Periódica

A revisão da multa periódica certamente é o tema mais controverso e debatido sobre esta medida coercitiva típica, eis que a subjetividade constante do artigo 537, parágrafo 1º, I, do Código de Processo Civil, deixa a cargo dos operadores do Direito diversas interpretações sobre a modificação do valor ou periodicidade da multa.

A discussão da revisão da multa periódica cinge-se em duas vertentes que partem de um mesmo pressuposto, qual seja, se há o trânsito em julgado da multa fixada. E, partindo desse pressuposto, se (a) sua revisão se dá com efeito *ex tunc*; (b) sua revisão se dá com efeito *ex nunc*. Outrossim, se discute também se seria necessário um fato novo superveniente que pudesse acarretar a revisão da multa.

Isto porque não carece de muita discussão acerca da possibilidade do juiz, inclusive de ofício, conforme dispõe a lei, modificar a multa periódica fixada. Porém, é quanto à situação fática e alcance desta modificação que divergem a doutrina de jurisprudência sobre o assunto.

Não há muito debate quanto à interpretação da alteração da periodicidade da multa, eis que ela somente poderá ter efeitos futuros, sendo impossível a sua retroatividade, pois, tendo precluída a discussão da fixação da periodicidade e, tendo o magistrado verificado que o lapso temporal não esteja mais de acordo com o previamente definido, a nova periodicidade começará a produzir efeitos após a intimação do devedor acerca da alteração.¹³⁵

Passa-se, destarte, a abordar a discussão acerca da necessidade ou não de fato novo superveniente que possibilite ao magistrado a revisão da multa periódica já imposta. E, sobre este tema, Barbosa Moreira é claro ao dispor o seu entendimento de que não seria necessário qualquer fato novo superveniente, bastando que o magistrado se convença que a fixação inicial não seria mais adequada:

Nos termos do § 6º, é lícito ao juiz, de ofício ('a fortiori', a requerimento da parte interessada), 'modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva'. O teor literal do dispositivo ('se tornou') não deve ser entendido como se restringisse a possibilidade de

¹³⁵ Por outro lado, se houver aumento do montante originariamente estabelecido, esse incidirá a partir da sua comunicação ao demandado (que se fará acompanhar da reiteração da ordem para que cumpra) e não a partir dos fatos acarretadores do aumento. Afinal, o objetivo da elevação do valor da multa – a exemplo do da própria multa – é pressionar psicologicamente o réu. Não faria sentido a sua incidência mesmo antes de estar desempenhando essa função (o que só ocorrerá quando o demandado tiver ciência da majoração). (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**: CPC, art. 461; CDC art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 249).

modificação à superveniência de fato capaz de justificá-la: pode o órgão judicial modificar o valor ou a periodicidade, ainda sem fato novo, se se convencer de que a fixação inicial não foi a mais razoável.¹³⁶

O Código de Processo Civil de 2015, neste ponto, em seu artigo 537, parágrafo 1º, I, repetiu o disposto no artigo 461, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil de 1973, não acrescentando à literalidade da lei a exigência de um fato novo superveniente como requisito necessário para que seja possível a revisão da multa pelo magistrado.

Portanto, tanto da lição de Barbosa Moreira acima transcrito, como da literalidade da do artigo 537, parágrafo 1º, I, do Código de Processo Civil, tem-se que o magistrado poderá revisar, em determinadas situações, a multa sem a necessidade de qualquer fato novo superveniente, sendo certo, contudo, que esta modificação somente deverá ser realizada em situações excepcionais em que seja necessária adequação da multa à realidade fática não prevista pelo magistrado quando da sua fixação.

Para melhor elucidar esta possibilidade de modificação da multa periódica, supõe-se que haja uma decisão em que o magistrado determinou que certo concessionário de serviço público não cobre uma tarifa X do usuário, sob pena de multa de R\$500,00 (quinhentos reais). Após dois meses, a concessionária continua realizando a cobrança da referida tarifa; nesta hipótese, o magistrado deverá majorar a multa, eis que o seu intuito coercitivo não foi suficiente para coagir o devedor a cumprir a obrigação.

Já a modificação para melhor se adaptar às condições do devedor pode ser encontrada em cotidiana situação fática em que o magistrado tenha fixado multa diária para que a concessionária não cobre a tarifa X do usuário. Passado um mês, o magistrado se atentou que, emitida a fatura em desacordo com a obrigação imposta na decisão, novo descumprimento somente se dará no prazo de 30 (trinta) dias, quando será emitida nova fatura. Assim, transforma a multa diária em multa fixa por descumprimento da obrigação.

No entanto, para a redução do valor da multa, ao contrário do entendimento de Barbosa Moreira acima transcrito, é preciso ocorrer um fato superveniente determinante que possibilite este tipo de modificação.

¹³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 192.

Apesar de a doutrina considerar a possibilidade de redução e majoração da multa a qualquer tempo pelo juiz¹³⁷, a sua redução sem que tenha ocorrido qualquer fato novo acarreta a perda da coercibilidade de medida. Ora, se o valor maior não teve a coerção desejada para o cumprimento da obrigação, quiçá a menor.

E esta impossibilidade aqui indicada está fundamentada meramente na consecução da finalidade da natureza da multa, qual seja, a coerção para cumprimento da obrigação, não adentrando à discussão acerca do manto da coisa julgada sobre a multa imposta. Nestes termos, Nelson Nery e Rosa Nery:

A periodicidade e o aumento da multa se justificam pelo fato de e a multa medida de ser a multa medida de execução indireta, destinada a forçar o devedor a cumprir a obrigação; a diminuição da multa é injustificável, porque a multa não é destinada a fazer com que o devedor a pague, mas que a não pague e cumpra a obrigação na forma específica.¹³⁸

Esta posição contrária à redução do valor da multa periódica se fundamenta no pressuposto de que é impossível, conforme se verificará no subtítulo a seguir, a alteração da multa periódica já vencida. Outrossim, também será demonstrado a seguir em subtítulo específico, o desvirtuamento da interpretação pela doutrina¹³⁹ do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito para reduzir o valor da multa periódica.

A análise, destarte, da redução da multa periódica se dá no presente estudo, neste ponto, quanto o cumprimento da sua finalidade coercitiva, interpretando que, se a multa mais alta não atingiu sua finalidade, reduzi-la também não compelirá o devedor a satisfazer a obrigação que lhe foi imposta.

¹³⁷ (...) não se torna imutável, pois ao juiz da execução atribui-se poder de ampliá-la ou reduzi-la, para mantê-la dentro dos parâmetros variáveis, mas sempre necessários, da 'suficiência' e da 'compatibilidade'; mesmo quando a multa seja estabelecida na sentença final, o trânsito em julgado não impede ocorra sua revisão durante o processo de execução (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 09-33, jan./mar.2002. p. 27).

¹³⁸ NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **O Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 674.

¹³⁹ É importante frisar que entendemos que o decurso do lapso temporal seja suficiente para a diminuição do montante das astreintes, independente da modificação de outras situações fáticas. Como por exemplo pode-se citar a multa diária estabelecida para que o município incluísse o nome de beneficiário de pensão alimentícia em folha de pagamento e ante a recalcitrância do obrigado ao cumprimento da ordem, em decorrência do lapso temporal, a multa mostrou-se excessiva, razão pela qual entendemos que o seu montante possa ser diminuído por não ter atingido a finalidade que dela se esperava, não caracterizar enriquecimento indevido da parte beneficiária da multa e não prejudicar o erário público. (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157).

Também é possível encontrar na doutrina a discussão acerca do trânsito em julgado quanto ao valor da multa periódica, tendo com um dos defensores da tese de que não viola a coisa julgada a modificação da multa Humberto Theodoro Junior:

essa modificabilidade não ofende a coisa julgada, porque a multa, na espécie, não é compensatória e, portanto, não integra a obrigação exequenda propriamente dita. Trata-se de medida de coação, simples ato do processo de execução, como a busca e apreensão, a penhora e outros meios coercitivos de que dispõe o credor.¹⁴⁰

Em contraponto ao referido entendimento, Araken de Assis defende que a multa somente poderá ser alterada caso a parte tenha interposto o recurso contra a decisão que a fixou, sendo impossível, portanto, a sua modificação após a sua preclusão:

A possibilidade de o órgão judiciário reduzir o montante da multa, após a respectiva incidência, e nada obstante o sujeito passivo não ter se dado por vencido, há de ser entendida nos devidos termos. É preciso que não tenha ocorrido preclusão, ou seja, haja a parte a viado recurso específico para impugnar o valor da multa.¹⁴¹

Assim, na esteira dos ensinamentos de Araken de Assis, e visando manter hígida a finalidade da multa periódica, a modificação do seu valor não poderá ser realizada de forma retroativa, bem como deverá ser acompanhada de algum fato excepcional que embase esta modificação que será sempre para a sua majoração¹⁴², eis que a redução jamais atingirá a finalidade da multa periódica.

Por fim, caso o magistrado verifique a multa periódica não esteja atingindo sua finalidade, eis que, mesmo após nova majoração da multa o devedor não tenha satisfeito a obrigação, o caso é de exclusão da multa e fixação de outra medida coercitiva que faça o devedor entregar o bem da vida ao credor, sendo certo que esta exclusão também não terá qualquer efeito retroativo, devendo o devedor pagar a totalidade da multa atingida desde a sua fixação até a sua exclusão.

¹⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, *ob. cit.*, p. 234.

¹⁴¹ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 699.

¹⁴² Mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado; sobrevindo nova situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado. (NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **O código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 675).

2.1.1.3.1 Revisão da Multa Periódica Vencida

Em que pese a doutrina majoritária defender a impossibilidade de modificação da multa vencida após o acréscimo legal a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, a jurisprudência – em sua ampla maioria – porém, não de forma uníssona -, repise-se, não vem acompanhando a alteração legislativa sobre o tema.

Sobre este tema, Humberto Theodoro Junior afirma que neste novo sistema trazido pela alteração da legislação adjetiva, além de impossibilitar a alteração da multa, teve o objetivo de determinar que o devedor impugne desde logo a multa fixada, e não após seu acúmulo:

No regime do novo Código, porém, o legislador ressalvou expressamente a possibilidade de alteração apenas da parcela *vincenda* da multa (art. 537, parágrafo 1º). Com esse preceito, a nosso entender, o NCPC exclui a redução do montante vencido, seja quando questionado pela parte ou mesmo quando a iniciativa for do juiz. Parece-nos que a intenção da norma é compelir o devedor a questionar logo a multa que ele considera excessiva, evitando impugnações tardias, quando as astreintes já teriam se acumulado, sem resistência alguma do obrigado.¹⁴³

A sugestão de Humberto Theodoro é totalmente adequada, eis que o valor da multa deve ser debatida quando do momento da sua fixação, e não posteriormente, apesar da orientação doutrinária acerca da ausência de preclusão ou do trânsito em julgado sobre as *astreintes*. Isto porque, ao possibilitar a discussão da multa a qualquer momento, acarreta a evidente violação à efetividade e coerção que a sua natureza impõe, eis que incentiva o devedor ao descumprimento imediato da ordem ao saber que poderá sempre discuti-la e reduzi-la.

Outrossim, imperioso destacar que este descumprimento da ordem judicial fere a boa-fé e lealdade processual, pois a determinação da multa traz ao credor a legítima expectativa de que a obrigação será cumprida, enquanto, para o devedor reticente, se beneficia da possibilidade de discutir o valor do montante futuramente, valendo-se em última análise, de sua própria torpeza.

Araken de Assis, também defendendo o efeito *ex nunc* da modificação das astreintes, afirma que o artigo 537, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil somente possibilitaria a exclusão da multa em decorrência de motivos legais:

¹⁴³ *Ob. cit.*, p. 842.

A modificação produzirá efeitos *ex nunc*. Não apaga o valor porventura acumulado até a oportunidade da decisão na qual o juiz altera o valor ou a periodicidade. Parece bem claro que a alusão à “multa vincenda” respeita ao poder de “modificar o valor ou a periodicidade da multa”, e não, à exclusão ulterior da multa, por força de um dos motivos legais.¹⁴⁴

Portanto, Araken de Assis defende a impossibilidade, sem justa causa, da revisão da multa ou periodicidade já vencida, o que é acompanhado pela grande parte dos doutrinadores, eis que, comprovando o devedor situações que lhe impediram o cumprimento da obrigação nos exatos termos da decisão, a multa não pode sobreviver.

Já Rodolfo Kronenberg Hartman abordou essa tentativa de alteração jurisprudencial pela lei, criticando esta nova orientação, invocando, inclusive, o sistema de precedentes como fundamento para negativa de vigência neste ponto do artigo 537, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil:

(...) de maneira inexplicável o CPC desprezou a jurisprudência pátria e passou a prever, em norma própria (art. 537 § 1º), que o magistrado apenas pode mudar a periodicidade da multa vincenda. Não faz sentido seguir esta orientação, seja pelos argumentos supra, seja também porque o próprio CPC impõe que os magistrados devem seguir os precedentes (art. 927). Uma lástima, portanto, a constatação de que diante do insucesso da revisão desta tese no próprio Poder Judiciário, se tenha optado por outro caminho menos tortuoso, diretamente perante o Poder Legislativo. É para se refletir realmente.¹⁴⁵

E esta crítica formulada por Rodolfo Kronenberg Hartman foi encampada pelo Poder Judiciário ao não alterar seu posicionamento sobre esta matéria. Em recentíssima decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível extrair o não acolhimento da alteração legislativa que impossibilitaria a modificação da multa vencida haja vista que esta não transitaria em julgado nem tampouco precluiria¹⁴⁶.

Outrossim, indo um pouco mais além, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre o tema, afirma não haver "*distinção entre a multa vincenda ou vencida, devendo*

¹⁴⁴ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 832.

¹⁴⁵ HARTMAN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 579.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 0006648-20.2019.8.26.0005**. Relator: Des. José Joaquim dos Santos, 13 de novembro de 2020. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI005JXMQ0000>. Acesso em: 04 jun. 2020.

*o magistrado voltar ao momento em que o valor foi arbitrado e analisar se houve excesso", podendo ser extraído do corpo do referido acórdão no que tange o afastamento da literalidade do dispositivo do artigo 537, parágrafo 1º, sob o espeque de que "doutrina e jurisprudência anteriores ao novo Código de Processo Civil sempre foram unânimes no sentido de que eventuais alterações do valor e da periodicidade da multa poderiam alcançar valores anteriores, haja vista que não alcançadas pela preclusão ou coisa julgada."*¹⁴⁷

Portanto, se foi assim um dia, assim permanecerá até a eternidade, mesmo com disposição de lei contrária. Será esta a melhor interpretação jurídica a ser aplicada? Desenganadamente que não.

Este posicionamento, felizmente, não é unísono, eis que é possível, ainda que não de forma corriqueira, encontrar julgados que obstam a possibilidade de alteração da multa vencida, aplicando a literalidade textual do artigo 537, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil de 2015¹⁴⁸, o que, infelizmente, não é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que *"quando houver discussão acerca do montante a ser pago a título da multa cominatória, não há que falar em multa vencida."*¹⁴⁹

2.1.1.3.2 Revisão da Multa Periódica Pela Invocação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são invocados pelos Tribunais pátrios como critérios para quantificar o valor final alcançado pela multa diária em decorrência do reiterado descumprimento, pelo devedor, da obrigação imposta.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 0009337-47.2019.8.19.0000**. Relator: Des. Celso Luiz de Matos Peres, 26 de março de 2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042A4F203FEBBB1126F81A23440972A827C50A08553816&USER=>. Acesso em: 05 jul. 2020.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2198828-44.2019.8.26.0000**. Relator Des. Bonilha Filho, 06 de novembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI005DCO30000>. Acesso em: 05 jul. 2020.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.442.666**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de março de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=107958856®istro_numero=201900245238&peticao_numero=202000006194&publicacao_data=20200325&formato=PDF. Acesso em: 05 dez. 2020.

Neste ponto, portanto, possuem ponto convergente com a adoção das medidas coercitivas atípicas, sendo possível concluir que referidos princípios são somente aplicados quando não há uma descrição completa na norma para aplicação das medidas, ou nos termos de Olavo¹⁵⁰, não há uma tipicidade natural.

E, sobre esta invocação do princípio da proporcionalidade de forma cotidiana pelos Tribunais, Gustavo Osna indica sua aplicação como dimensão proporcional pelos julgadores, atuando no processo como critério de parâmetro na aplicação de medidas:

(...) trata-se de questão inserida em seu léxico cotidiano, servindo regularmente como bússola para seus agentes. É assim que, ao dispor sobre a aplicação de determinada regra, é comum que o julgador verifique se a sua incidência possui dimensão *proporcional*; do mesmo modo, ao verificar a possibilidade de que determinado direito seja ou não casuisticamente garantido, é corriqueiro que a aferição de sua *proporcionalidade* sirva como filtro essencial.¹⁵¹

Neste sentido, é possível demonstrar a invocação do referido princípio na forma do esclarecido pelo referido doutrinador quando da realização de simples buscas jurisprudenciais sobre o entendimento dos Tribunais na revisão das *astreintes* fixadas como pedida coercitiva.

Em recente julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível encontrar a invocação destes dois princípios para concluir pelo correto valor fixado na multa diária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Multa reduzida a fim de evitar o enriquecimento sem causa da exequente. Possibilidade de revisão do valor da multa, caso se verifique sua insuficiência ou seu excesso. Inteligência do § 1º, do artigo 537, do Código de Processo Civil. Razoável a redução do montante da multa, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Decisão mantida. Recurso não provido¹⁵²

Em simples leitura do voto proferido no acórdão acima colacionado, verifica-se que a fundamentação para utilização dos princípios da proporcionalidade e

¹⁵⁰ *Ob. cit.* nota anterior.

¹⁵¹ OSNA, Gustavo. **Processo civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da Teoria Processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 91.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 2191144-68.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Jairo Fontes Oliveira, 07 de abril de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI005C7350000>. Acesso em: 05 set. 2020.

razoabilidade é inexistente, eis que o trecho do voto quanto a esta matéria resume aos seguintes dizeres:

Assim, necessária a redução do montante da multa para R\$ 20.000,00, em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de se evitar o enriquecimento indevido da agravante.

Veja-se que neste caso, foram utilizados 03 (três) princípios para fundamentar a redução da multa: razoabilidade, proporcionalidade e vedação de enriquecimento ilícito, sem sequer indicar, de forma específica, como a atuação de cada um deles foi utilizada para se concluir pela redução do valor da multa diária e a quantificação final do montante a ser executado.

Como se vê, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade foram utilizados como critério para análise do valor fixado a título de multa diária, sendo certo que esta mesma *ratio* fundamenta a redução ou majoração da multa.

Porém, é possível extrair que a invocação dos referidos princípios foi realizada de forma, *data venia*, totalmente genérica, sem a indicação: (a) como foi analisado e interpretado o princípio da razoabilidade; (b) como foi analisado e interpretado o princípio da proporcionalidade; (c) a razão pela invocação destes princípios para verificar questão simples como a fixação de multa diária; (d) quais normas foram sopesadas para invocação destes princípios?

Acerca desta ausência de indicação expressa do que se está ponderando para a invocação de princípios, Humberto Ávila é bastante enfático em sua crítica:

É comum proceder-se uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto do sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, insito ao conceito de Estado de Direito.¹⁵³

Porém, não é apenas pela ausência de uma fundamentação mais elucidativa que a invocação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pode ser criticada. Primeiramente, como já visto no capítulo anterior, há clara distinção entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível a separação dos dois, no caso concreto, para a melhor interpretação do Direito. Outrossim, é possível

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 166.

concluir que alguns parâmetros necessários para a invocação de ambos os princípios não são preenchidos pelos magistrados para que seja possível utilizá-los como critério no cálculo da fixação das astreintes.

Em recente julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também houve a invocação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como critério para quantificar as *astreintes*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DA MULTA.

(...)

Pedido subsidiário de redução da multa não deve ser acolhido. A redução da multa apenas fomenta novos descumprimentos de ordens judiciais, que ficariam totalmente esvaziadas, ante a ausência de qualquer fator coercitivo. Perigoso precedente para o descumprimento das decisões provenientes do Poder Judiciário àqueles que têm a obrigação de cumpri-las. O valor executado de R\$58.650,00 somente foi alcançado em razão da reprovável conduta de não cumprir a ordem judicial. Entretanto, tal valor vai além da finalidade coercitiva e viola o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o que levou o juízo de origem a reduzir a multa para R\$10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra adequado ao caso, mantém o caráter coercitivo, punitivo e pedagógico. Decisão mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO.¹⁵⁴

Contudo, ao analisar a íntegra do voto, é possível extrair elemento do princípio da proporcionalidade utilizado para a sua aplicação e conclusão do julgado, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, sem, entretanto, fundamentar profundamente a aplicação dos princípios. *In verbis*:

(...)

O juiz, conforme entendimento da Corte Superior pode de ofício ou a requerimento da parte fixar as denominadas astreintes, com o fim de forçar o adimplemento de obrigação de fazer. Todavia, os limites da coerção devem atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, até mesmo porque entendimento diverso implicaria no possível enriquecimento sem causa do Autor, vedado pelo direito pátrio, conforme art. 884, do Código Civil. Ressalto, porém, que a análise sobre o excesso ou não da multa não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo, procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor. A necessidade de se adequar o caráter coercitivo da multa à realidade do ordenamento jurídico se mostra indispensável para fazer valer o direito daquele que é o titular, bem como de evitar aquele que foi obrigado a fazer

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 0040395-68.2019.8.19.0000**, Relatora: Des. Teresa de Andrade Casto Neves, 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004934724C53DE19BD95211545270268879C50C0E2B352B&USER=>. Acesso em: 08 jun. 2020.

determinada obrigação a ser levado à insolvência, ainda que tenha sido o valor da multa atingido por desídia daquele que fora obrigado por decisão judicial.

In casu, o valor executado em relação ao agravante foi de R\$58.650,00 (cinquenta e oito mil seiscentos e cinquenta reais) e somente foi alcançado em razão da reprovável postura do agravado, que não cumpriu a ordem judicial. Entretanto, tal valor vai além da finalidade coercitiva e viola o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o que levou o juízo de origem a reduzir a multa para R\$10.000,00 (dez mil reais). Valor que se mostra adequado ao caso, mantém o seu caráter coercitivo e punitivo, além de servir como critério pedagógico para que o agravado e toda a sociedade não desafiem o Poder Judiciário através de sua enorme burocracia e indiferença quanto ao cumprimento das ordens judiciais, que devem ser prontamente obedecidas por todos aqueles a quem são dirigidas, evitando, ainda, o enriquecimento sem causa da agravada.¹⁵⁵

A doutrina também invoca o princípio da proporcionalidade para reduzir o valor da multa periódica alcançada após a recalcitrância do cumprimento da obrigação pelo devedor. Marcelo José Magalhães Bonício, interpreta cada elemento estruturante do princípio da proporcionalidade de forma independente, aplicando cada um deles de forma autônoma para concluir que a multa periódica pode ser reduzida pela aplicação da proporcionalidade e sentido estrito, que, na sua visão, é sinônimo da proibição do excesso:

Eventual abuso na efetivação desta medida pode ser questionado pela ótica do terceiro subprincípio da proporcionalidade, e talvez o mais interessante, que é o da proibição de excesso.

Nesse caso, é preciso indagar se as vantagens obtidas com a medida judicial são proporcionais às desvantagens provocadas por essa mesma medida¹⁵. Se a resposta for negativa, principalmente quando se tratar de direitos fundamentais, então a medida judicial adotada estará desrespeitando a garantia da proporcionalidade em sentido estrito. Na imposição de multas decorrentes do descumprimento de uma ordem judicial que impõe, por exemplo, a derrubada de um muro, embora não seja preciso limitar o valor total dessas multas ao montante da obrigação¹⁶, é certo que as multas não poderão fluir infinitamente, como se não houvesse nenhum limite, ainda que temporal, a essa imposição.

O meio para se chegar ao cumprimento da ordem judicial, no exemplo apontado, depois de determinado tempo ou valor, passou a ser desproporcional, e isso pode ocorrer de várias formas diferentes, como no caso do valor das multas ultrapassar dez vezes o valor da obrigação, hipótese em que, devido ao excesso, o credor poderia se interessar mais pelo recebimento do valor dessas multas do que pelo cumprimento da obrigação em si, por mais paradoxal que isso possa parecer.¹⁵⁶

No entanto, seria possível a aplicação de um princípio em caso individual apenas com um dos três elementos que o formam, como no caso da

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ BONÍCIO, Marcelo José Magalhaes. **Os princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34-35.

proporcionalidade? Isto porque como visto no capítulo acima, são três os elementos que formam o princípio da proporcionalidade: (a) adequação; (b) necessidade, e (c) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação verifica a relação entre o meio e o fim, ou seja, no caso das *astreintes*, se o valor da multa diária fixada atingiria o seu fim de coagir o devedor a cumprir a obrigação.

Já a necessidade verifica se haveria outro meio alternativo menos gravoso ao devedor que poderia coagi-lo da mesma forma para o cumprimento da obrigação. Para a análise da necessidade no caso da multa diária, seria necessária verificação se outro meio coercitivo seria tão eficiente.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, verifica se o valor final atingido pela recalitrância do devedor corresponderia à coerção pretendida com a fixação da multa diária.

E, com a análise destes 03 (três) elementos estruturantes do princípio da proporcionalidade que este estudo passará a criticar a posição jurisprudencial quanto à invocação deste princípio como critério para redução das *astreintes* quando do seu cálculo final para execução.

Posteriormente e separadamente, indicará os elementos do princípio da proporcionalidade para fazer igual crítica quanto à utilização também deste princípio como critério para redução das *astreintes* quando do seu cálculo final para execução.

2.1.1.3.3 Revisão da Multa Periódica Pela Invocação do Princípio da Vedação ao Enriquecimento Sem Causa

O artigo 884, do Código Civil¹⁵⁷, dispõe pela impossibilidade de enriquecer-se, à custa de outrem, sem justa causa, determinando a restituição do valor indevidamente auferido, devidamente atualizado.

Do que se extrai da *mens legis* é o impedimento de auferir qualquer valor sem a respectiva causa, sem um lastro que faça crescer qualquer quantia a um patrimônio de uma pessoa. Nas palavras de Caio Mário, o enriquecimento sem causa ocorre exatamente quando há o empobrecimento de um e enriquecimento correlativo de

¹⁵⁷ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

outro sem a culpa do empobrecido, indicando as hipóteses do artigo 884, do Código Civil:

O empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro; ausência de culpa do empobrecido; ausência do interesse pessoal do empobrecido; ausência da causa; subsidiariedade da ação de locupletamento, isto é, ausência de outra ação pela qual o empobrecido possa obter o resultado pretendido.¹⁵⁸

E, com base no referido princípio, a doutrina e jurisprudência convergem que sua interpretação possibilita a redução do valor da multa periódica. Nestes termos, importante destacar a doutrina de Humberto Theodoro Junior que afirma, de forma clara e contundente, que a multa poderá ser meio de enriquecimento sem causa:

(...) o valor da multa não é definido por lei, podendo variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Deverá, de acordo com sua função, corresponder a uma quantia “suficiente para constranger”, em face das posses do devedor e a expressão econômica da obrigação. Há de evitar-se abuso, obviamente, que possa transformar o meio legítimo de constrangimento executivo em fonte de locupletamento indevido ou enriquecimento sem causa (...)¹⁵⁹

E, encampanhando a posicionamento da doutrina o v. acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça invoca o princípio do enriquecimento sem causa para reduzir o valor alcançado pela multa periódica, sendo certo que referida fundamentação pode ser encontrada em diversos outros julgados espalhados pelos Tribunais pátrios, como v. g.:

PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRAZO INICIAL PARA A CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

É lícito ao julgador, a qualquer tempo, modificar o valor e a periodicidade da multa (art. 461, parágrafo 4º. c/c parágrafo 6º. do CPC), conforme se mostre insuficiente ou excessiva. Precedentes.

(...) A finalidade da multa é compelir o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer. Nesse sentido, a multa não pode se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal, a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa.

O processo deve ser um instrumento ético para a efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça, sendo vedado às partes utilizá-lo para

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 205.

¹⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 222.

obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.¹⁶⁰

Do que se extrai do v. acórdão acima colacionado é que o enriquecimento sem causa é interpretado pelo valor que a multa periódica alcança após o inadimplemento do devedor, não adentrando ao mérito da existência ou não da causa para o recebimento da quantia pelo credor.

No entanto, será que a interpretação do princípio do enriquecimento sem causa pode ser fundamento para reduzir o valor da multa periódica alcançada pelo descumprimento da obrigação imposta pelo magistrado? Será que referido princípio pode também ser utilizado como critério para fixação do valor da multa periódica?

Inicialmente, impende destacar que, da mesma forma se invoca os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a utilização do princípio do enriquecimento sem causa na hipótese do *quantum* da multa periódica também é realizada de forma genérica, sem a indicação de como se deve interpretar o artigo 884, do Código Civil.

Ora, o termo enriquecer de que trata o artigo 884, do Código Civil, certamente não significa se tornar rico, mas, sim, auferir qualquer valor, por menor que seja, sem que tenha uma causa para esta locupletação.

Assim, se qualquer pessoa receber R\$1,00 (um real), ou R\$10.000,00 (dez mil reais), sem uma causa, aplica-se o princípio da vedação do enriquecimento ilícito e, com fundamento no artigo 884, do Código Civil, aquele que sofreu este dano será reparado por aquele que recebeu os valores.

Nestes termos, ou a multa coercitiva é uma causa para recebimento de qualquer valor pelo credor afetado pelo descumprimento de uma ordem judicial pelo devedor ou não é uma causa para o recebimento de qualquer valor nesta mesma hipótese.

Segundo Maria Celina Bodim de Moraes, que, ao analisar a invocação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, tanto na hipótese de quantificação por dano moral, quanto na quantificação da multa diária, afirma de forma categórica que o *decisum* do magistrado é a causa para o recebimento do valor:

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp. 1060.293-RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801116921&pv=000000000000>. Acesso em: 30 nov. 2020.

(...) Pior, o argumento mais utilizado para justificar a adoção do critério da condição econômica da vítima – o que diz tratar-se de evitar o enriquecimento sem causa – parece configurar um mero pretexto. Ora, a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade da pessoa humana, é mais do que justificado: é devido.

(...)

a decisão do juiz ao arbitrar “a multa” conjugada ao inadimplemento injustificado do devedor da obrigação é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado.¹⁶¹

Neste aspecto, se a decisão judicial que fixa a multa periódica e o descumprimento da obrigação pelo devedor são consideradas as causas para o recebimento de valores pelo credor, não há que se falar na ausência de justa causa que fundamenta o princípio da vedação do enriquecimento ilícito como critério de quantificação da multa periódica.

Rafael Caselli Pereira leciona que o princípio do enriquecimento sem causa deve ser considerado pelo magistrado quando da fixação da multa periódica, mas esclarece que sua aplicação se cinge quanto à efetividade da tutela prestada:

É de se notar que os valores a ser ponderados pelo magistrado, por ocasião do arbitramento da multa, são a efetividade da tutela prestada – para cuja realização a *astreinte* deve ser suficientemente persuasiva e a vedação ao enriquecimento *sem causa* do beneficiário. Ora, ao fixar a *astreinte*, há sim de ser levada em conta a possibilidade de enriquecimento ilícito; contudo, discordamos do corriqueiro argumento utilizado pelos julgadores, para fins de justificar as reduções dos valores acumulados a título de *astreintes*, de que se restasse mantido o valor alcançado, ante o descumprimento, haveria um enriquecimento *sem causa* da parte prejudicada, uma vez que, ao assim decidir, é tolho do instituto seu caráter coercitivo, fulminando a efetividade das decisões judiciais e a própria essência do processo executivo (eu é a satisfação do direito postulado em juízo, com a entrega do bem da vida, em tempo razoável).¹⁶²

Do que se extrai deste ensinamento, é que a multa deverá ser fixada no valor exato que acarretará o cumprimento do princípio da efetividade, ou seja, sendo a multa periódica fixada nos termos dos seus critérios de quantificação e não tendo o devedor manejado qualquer recurso contra a decisão de sua fixação¹⁶³, não haverá enriquecimento sem causa do devedor.

¹⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295-302.

¹⁶² PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreite) e o CPC/2015**: visão teórica, prática e jurisprudencial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 289.

¹⁶³ *Idem*.

Destarte, será sob estes fundamentos que se voltarão a reflexão sobre a correta invocação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa como critério de fixação e controle do valor da multa periódica.

2.1.1.4 Critérios de Fixação e Limitação

Para a fixação da multa periódica, tanto quanto à periodicidade, quanto pelo valor em caso de descumprimento pela obrigação, o magistrado deve ter bem definidos os critérios de fixação, sendo certo, contudo, que é raro encontrar decisões judiciais que detalhem os critérios de fixação do valor da multa quando da sua imposição.

No momento da fixação, o magistrado deverá averiguar se o valor da multa estaria equivalente à coerção que é de sua natureza. Para tanto, averigua qual o valor da multa compeliaria o devedor a cumprir de imediato a sua obrigação considerando a sua capacidade econômica.

É por este ângulo que se deve analisar a medida adotada e o critério que a dimensiona, inexistindo qualquer colisão de princípios nesta análise que fundamente a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme será profundamente demonstrado em subtítulo específico para esta matéria.

Desta forma, em que pese haver a necessidade de o magistrado analisar critérios para que a multa seja equivalente à capacidade financeira do devedor que o compila a cumprir a multa, bem como à obrigação imposta, esta análise não está amparada no princípio da razoabilidade, mas, sim, uma simples análise, com base em suas máximas de experiência, se aquele valor está adequado à finalidade da natureza da multa periódica, qual seja, a coerção para o cumprimento da obrigação.

Sobre esta relação entre valor da multa e capacidade financeira do devedor, expõe Luiz Guilherme Marinoni: “o valor da multa deve ser graduado de acordo com a capacidade econômica do demandado.”¹⁶⁴ Isto porque, apesar de uma multa periódica fixada em no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), possa parecer, *prima facie*, exorbitante, é possível verificar que este valor, para alguns *players* do mercado, é extremamente irrisório.

¹⁶⁴ MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 106.

No inquérito 4.781 do Supremo Tribunal Federal (famoso Inquérito das *Fake News*), o Ministro Relator Alexandre de Moraes elevou o valor da multa para R\$100.000,00 (cem mil reais)¹⁶⁵, eis que o valor inicialmente fixado (R\$20.000,00 – vinte mil reais), não foi suficiente para o Facebook cumprir imediatamente a medida, sendo certo que sua capacidade econômica para suportar o inadimplemento de decisões judiciais é elevada, ante seu lucro anual em 2019 que somou a quantia de US\$18.4 (dezoito bilhões e quatrocentos milhões de dólares americanos)¹⁶⁶.

Araken de Assis também se filia ao entendimento de que o patrimônio do devedor deve ser considerado quando da fixação do valor da multa periódica, indicando que "*o juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da pena (...)*"¹⁶⁷, eis que somente uma quantia que realmente afete consideravelmente o patrimônio do devedor é que irá fazer com a multa fixada atinja o seu objetivo.

Outrossim, Guilherme Rizzo Amaral indica que o valor da multa também deve ser compatível com a obrigação imposta: "*a multa fixada deve ainda ser suficiente e compatível com a obrigação, tornando-se efetivamente capaz de demover o devedor da ideia de descumprir a decisão judicial.*"¹⁶⁸.

No entanto, esta compatibilidade não pode ser confundida com a limitação do valor da multa ao valor da obrigação principal. Neste ponto, Thereza Alvim leciona que o valor da multa não está adstrito ao valor da obrigação ou a qualquer limite, interpretando a compatibilidade com o valor da obrigação disposta no *caput* do artigo 537, do Código de Processo Civil como a adequação do valor para permitir que a obrigação seja cumprida:

Suficiente ou compatível diz a lei, logo quer dizer o suficiente ou compatível com a obrigação. Todavia, essa suficiência ou compatibilidade nada mais é do que a adequação, ou seja, que haja a possibilidade, com a fixação da multa, de a obrigação vir a ser cumprida, de acordo com a visão do juiz da

¹⁶⁵ ALEXANDRE aumenta multa para forçar Facebook a bloquear perfis no exterior. **Conjur**, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/moraes-aumenta-multa-forcar-facebook-bloquear-perfis>. Acesso em: 02 dez. 2020.

¹⁶⁶ AGÊNCIA O GLOBO. Facebook chega a 2,5 bilhões de usuários; lucro no 4º trimestre sobe 7%, mas cai 16% em 2019. **Época Negócios**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/01/facebook-chega-25-bilhoes-de-usuarios-lucro-no-4-trimestre-sobe-7-mas-cai-16-em-2019.html#:~:text=No%20ano%20de%202019%2C%20por%3%A9m,US%24%2020%2C8%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 29 nov. 2020.

¹⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 763.

¹⁶⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo; WAMBIER Teresa Arruda Alvim [et al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1561.

causa. Na concreção desse conceito vago não está o juiz adstrito ao valor da obrigação ou a qualquer limite, objetivando, exclusivamente a adequação para obtenção da tutela específica, podendo, ainda, cumulá-la com medidas de apoio, ou quando do processo de execução, com perdas e danos (pelo não cumprimento ou cumprimento da obrigação, atrasado, desde que pedidas.¹⁶⁹

Portanto, do que se extrai é que a compatibilidade da multa com a obrigação é que ela deve ser adequada ao bem da vida a ser entregue, mas não limitada a ela. Por exemplo, se o devedor deve entregar uma televisão no prazo de 10 (dez) dias, a multa deve ser quantificada de acordo com esta obrigação, sendo certo, contudo, que a recalcitrância no descumprimento da obrigação pode acarretar a superação do valor da multa ao valor da televisão que o devedor deveria entregar.

Por fim, Arruda Alvim inclui outro critério para a quantificação da multa fixada, qual seja, a urgência na efetivação da sua prestação e sua complexidade:

(...) para impor a multa, deve o juiz determinar, na respectiva decisão, um “prazo razoável para o cumprimento do preceito” (art. 537, *caput.*, do CPC/2015), a sua *periodicidade* quando for o caso, e o respectivo valor. Para tanto, deve levar em consideração circunstâncias do caso concreto, como a urgência na efetivação da prestação e sua complexidade, bem como a situação econômica do requerido, já que o montante fixado deve ser suficiente para incutir neste um temor tal que o induza a cumprir o que foi determinado.¹⁷⁰

Este critério é importante não só para a fixação do valor da multa como também para a sua periodicidade. Assim, caso a obrigação de fazer seja, por exemplo, determinar que o plano de saúde autorize uma cirurgia de emergência em um dos seus beneficiários, a multa poderá ser fixada por hora, além de ser seu valor perfazer quantia alta para compelir a imediata realização do referido procedimento cirúrgico.

Outrossim, também deve se analisar a complexidade do cumprimento da medida, eis que, por exemplo, a entrega de um projeto que despolua determinado rio ou lagoa não pode ser fixado, em que pese a sua urgência, em um prazo ínfimo que o devedor jamais consiga cumprir.

Estes são, segundo a citada doutrina, os critérios que devem ser considerados pelo magistrado para o arbitramento do valor e periodicidade da multa quando da sua fixação ao intimar o devedor ao cumprimento da obrigação imposta.

¹⁶⁹ ALVIM, Thereza. A tutela específica do artigo 461 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 80, p. 109, 1995.

¹⁷⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 401.

Mas não é só! O Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹, além de encampar as orientações doutrinárias quanto à fixação do valor da multa periódica, também incluiu um outro elemento para realizar o controle do *quantum*, qual seja, a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e devedor do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Portanto, para a fixação da multa periódica, o magistrado deverá analisar os seguintes critérios que, interpretados a cada caso e cumulativamente, certamente acarretará a quantificação correta da multa em caso de descumprimento da obrigação, são eles: (a) capacidade econômica do devedor, (b) compatibilidade com a obrigação imposta; (c) urgência na prestação da medida, (d) complexidade, e (e) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

É possível concluir que os referidos elementos são verificados a partir da perspectiva do credor e do devedor, o primeiro quanto à urgência e a obrigação que está perquirindo, o segundo quanto à compatibilidade com a sua capacidade econômica e a complexidade da medida que lhe é imposta.

Por fim, porém não menos importante, repise-se que não há qualquer limitação para multa periódica, bastando que sejam adequadamente analisados e postos em prática os critérios acima delineados para a correta fixação da multa.

É certo que a limitação da multa pelo magistrado quando da sua fixação certamente impõe uma maior segurança aos jurisdicionados acerca do valor que a multa atingirá em caso de descumprimento da obrigação, sendo certo, todavia, que caso este limite seja fixado pelo magistrado sem que este realmente capte a relação valor da multa x prejuízo com a entrega do bem pelo devedor, esta limitação certamente acarretará a inadimplência da obrigação imposta.

Logo, ainda que se possa majorar posteriormente este limite da multa periódica, a baixa fixação preliminar do seu valor pode surtir efeito contrário ao da finalidade da multa – coerção -, incentivando o devedor ao descumprimento da obrigação quando a sua limitação não estiver de acordo com os critérios de sua quantificação.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 738.682**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 17 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501628853&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 dez. 2020.

É possível, ademais, que a multa periódica alcance valores tão altos que possa causar a insolvência do devedor, sendo esta, portanto, uma limitação indicada pela doutrina para que ocorra a imediata incidência da multa, eis que não atingirá mais sua finalidade de pressionar o obrigado a cumprir a obrigação:

É claro que a astreinte tem um limite de crescimento, mas este limite é a sua própria capacidade de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a obrigação. Dito de outro modo: a astreinte pode incidir e aumentar até um valor que ultrapasse o valor da obrigação a ser cumprida. Deve, porém, parar de aumentar um centavo antes da insolvência do devedor. Afinal, insolvente este, a multa perderá toda a sua eficácia, já que não constrangerá mais o devedor a cumprir a decisão.¹⁷²

Desta forma, ainda que não retroativa para melhorar a condição do devedor a cumprir a obrigação e a efetuar o pagamento da multa devida, esta deve ser imediatamente interrompida quando comprovar-se que o valor atingido não é mais compatível com o patrimônio do devedor, devendo o magistrado, neste caso, fixar outras medidas coercitivas que sejam aptas a pressionar o devedor no cumprimento da obrigação.

2.1.1.5 Execução Provisória

Havia intenso debate, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, acerca da possibilidade de execução provisória da multa periódica fundado em duas vertentes: (a) existência de título executivo judicial que embasasse a execução; (b) possibilidade de imediato levantamento do valor pelo credor.

O debate sobre esta matéria é interessante e se cinge acerca da independência ou vinculação da multa incidida à procedência do pedido principal. Evandro Carlos de Oliveira, citando William dos Santos Ferreira esclarece que este doutrinador defende que a multa é devida pela recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação determinada pelo magistrado, desvinculando-a do pedido principal, eis que sua natureza seria meramente processual:

William Santos Ferreira esclarece que a multa imposta em decorrência do art. 461 continuará sendo exigível ainda que o processo seja julgado

¹⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda *et al.* (Coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1563.

improcedente. Entende o autor que a multa independe do reconhecimento ou não do direito pleiteado no processo e incidirá como forma de tutelar a decisão judicial que fora descumprida. "A razão de existir da multa, nesse caso, é impor ao polo passivo o cumprimento da ordem judicial, e não é crível estimular e premiar o descumprimento de uma ordem judicial." Em nota de rodapé, esclarece o processualista, que a multa somente não será devida quando a decisão que estabeleceu for cassada em decorrência de interposição de agravo de instrumento, evidentemente, nesse caso não há falar na multa, eis que desaparece a ordem judicial. Mas se a decisão interlocutória não é alterada, mesmo com a sentença de improcedência, seu descumprimento permanece, razão pela qual é devida a multa.¹⁷³

Em sentido contrário, Rizzatto Nunes defende a prejudicialidade entre a multa e o pedido principal, esclarecendo que não há qualquer fundamento para que o autor eventualmente execute a multa periódica incidida enquanto o pedido principal foi julgado improcedente, surgindo, assim, uma ausência de lógica no sistema:

A função da multa cominatória, como exposto, é a de forçar o devedor a cumprir obrigação de fazer ou não fazer. Todavia, até certo momento (o do trânsito em julgado da sentença na ação principal) não se poderá afirmar que havia mesmo essa obrigação. Digamos que se trate, por exemplo, de determinação para que um comerciante faça a retirada do nome do autor da ação de um cadastro de inadimplentes, sob pena de pagamento de multa diária, fundada no argumento de que esse autor quitara a dívida. Suponha-se que o comerciante não cumpra a determinação e, depois de alguns meses, a ação principal seja julgada improcedente porque o Juiz verificou que ele continuava devendo. Como é que o autor poderia executar a multa? Qual o sentido? Se ele não tinha nenhum direito desde o início, não há que se falar em qualquer execução de astreintes pelo descumprimento de obrigação inexistente. Aliás, poderia reconhecer que, inclusive, o autor da demanda estivesse da má-fé. Ele, então, sairia vencido na demanda, seria condenado como litigante de má-fé, mas receberia polpuda importância advinda da multa cominatória gerada pela obrigação não cumprida? É um *non sense*: seria como o Juiz condenar e, simultaneamente, absolver um réu.¹⁷⁴

Visando encerrar este debate doutrinário e jurisprudencial, o artigo 537, parágrafo 3, do Código de Processo Civil¹⁷⁵, dispõe que a multa é passível de cumprimento provisório, permitindo-se, porém, o levantamento do valor somente após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Referido dispositivo é uma inovação inserida no ordenamento jurídico e visa colocar fim ao intenso debate que havia durante a vigência do Código de Processo

¹⁷³ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168.

¹⁷⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. As astreintes: limites e possibilidades de aplicação e liquidação. **Revista Eletrônica SaraivaJur**, 24 mar. 2011. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/abcdo-cdc/129329/as-astreintes-no-direito-do-consumidor-limites-e-possibilidades-de-aplicacao-e-liquidacao>. Acesso em: 10 dez. 2020..

¹⁷⁵ § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Civil quanto à ausência de prejudicialidade entre a multa periódica já incidida e o resultado do pedido principal que se desejava cumprir com a imposição deste meio coercitivo. É o que nos ensina Guilherme Rizzo Amaral:

Ou seja, desde o momento da incidência da multa, já poderia ser exigida mediante execução provisória. Assim, na vigência do CPC de 1973, os valores decorrentes da execução da multa poderiam ser imediatamente levantados pelo autor, sem prejuízo de sua devolução ao réu na hipótese de sentença de improcedência.

O CPC de 2015 passa a prever de forma expressa (i) que tão logo incidir a multa, o crédito resultante de tal incidência poderá ser objeto de execução, e que (ii) enquanto não transitar em julgado sentença confirmando a multa fixada, tal execução será provisória. Com isso, o legislador esclarece de uma vez por todas que o crédito resultante da incidência da multa somente será definitivamente devido à parte caso a obrigação a cujo cumprimento da multa estiver a serviço venha a ser reconhecida em caráter definitivo de sentença. Transitando em julgado sentença (ou acórdão) de improcedência, o crédito resultante da incidência da multa extingue-se, independentemente de ter havido incidência anterior da multa por descumprimento de decisão interlocutória ou final. Neste caso, o autor deverá restituir o réu os valorosos eventualmente recebidos a título de multa.¹⁷⁶

Assim, se por um lado a natureza da multa periódica é a coerção do devedor a cumprir o exato termo que lhe foi imposto, fluindo a multa em caso de descumprimento, por outro lado, caso a obrigação imposta seja posteriormente julgada improcedente, há um descasamento entre a necessidade de o réu pagar uma multa sem a necessidade da entrega do bem da vida principal ao autor.

Caso, portanto, seja considerada a multa independente da obrigação principal, poderia ocorrer uma situação no mínimo inusitada: tendo o réu cumprido a obrigação principal após a incidência da multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e, posteriormente o pedido tenha sido julgado improcedente, no final do processo o réu deverá receber novamente o bem entregue quando do deferimento da tutela de antecipada, e pagar o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de multa ao autor.

No entanto, em contraponto, esta vinculação pode incentivar o devedor a não cumprir a obrigação por entender que o pedido poderá ser julgado improcedente posteriormente. É o que salienta Cassio Scarpinella Bueno:

Se o réu poderá recobrar a multa, compensá-la com o autor pelos danos com o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, isso é questão que se põe no plano da responsabilização objetiva. mas que não desnatura a natureza jurídica do ato em discussão. Pensar o contrário, de resto, é criar subterfúgios

¹⁷⁶ *Ob. cit.*, p. 1563-1564.

para que ninguém mais acate qualquer determinação judicial simplesmente porque tem a expectativa, legítima, é certa, de "ganhar lá na frente".¹⁷⁷

Há, portanto, que se diferenciar duas situações: (a) possibilidade de levantamento do valor executado da multa antes do trânsito em julgado; (b) em caso de reforma da sentença, deve o credor devolver ou não o valor da multa levantada?

Quanto a hipótese (a) destaque-se que o legislador, especificamente quanto ao levantamento da multa periódica não dispôs pela possibilidade de caucionamento do valor pelo credor para o recebimento do *quantum* a este título, havendo tão somente um requisito para tanto, qual seja, o trânsito em julgado da sentença principal.

Desta forma, mesmo que o artigo 520, IV, do Código de Processo Civil¹⁷⁸, permita o caucionamento suficiente e idôneo para que seja autorizado o levantamento do depósito em dinheiro, o juiz, na forma como está disposta a literalidade da lei, indeferirá o pedido de levantamento pela ausência do requisito específico do artigo 537, parágrafo 3º, qual seja, o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Ora, se o ordenamento jurídico possibilita o levantamento, mediante caução, do valor principal da obrigação, que na imensa maioria das vezes, é maior e mais importante que a multa, qual a razão da diferenciação entre os dois bens executados? Desenganadamente que nenhuma, sendo certo que há a possibilidade de afastamento da literalidade da regra pela aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e efetividade processual.

Portanto, não há razão para se diferenciar a multa da obrigação principal quanto ao levantamento de dinheiro na execução provisória caso haja caução suficiente e idônea, eis que nas duas hipóteses, poderá haver reversão da sentença, e, portanto, necessidade de retorno ao *status quo*, caso se entenda que a multa é prejudicial ao pedido principal.

Quanto à hipótese (b) interpretando sob o olhar da multa como mecanismo de efetividade das decisões judiciais, o Código de Processo Civil pode ter retrocedido ao dispor literalmente que a multa somente poderá ser levantada pelo credor após o

¹⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136-137.

¹⁷⁸ Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

(...)

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

trânsito em julgado do pedido principal. Outrossim, sob o olhar específico da natureza processual da multa, vinculá-la ao pedido principal altera a sua natureza para material, pois sua coerção depende de um julgamento futuro, passando a ser compensatória por aquele inadimplemento da obrigação imposta na decisão que a fixou, mormente nos casos em que já foi cumprida a obrigação mesmo que tardia.

Isto porque, mantendo sua natureza coercitiva, certamente ela se desvincula no pedido principal, eis que sua razão de incidência não é a obrigação de direito material em si, mas, sim, de Direito Processual que flui em decorrência da mera recalcitrância do devedor cumprir tempestivamente a obrigação que lhe foi imposta.

Todavia, esta disposição confere uma lógica ao sistema, impedindo que o autor receba qualquer valor se o seu pedido principal foi julgado improcedente, afastando a possibilidade de utilizar o processo para auferir quantia mesmo que tenha uma razão processual para tanto.

3 CRITÉRIOS BALIZADORES PARA A FIXAÇÃO DA MULTA PERIÓDICA: REVISÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

No capítulo acima, foi amplamente demonstrado que a jurisprudência utiliza como critério balizador das medidas coercitivas, de forma perfunctória e genérica, tanto o princípio da razoabilidade como o da proporcionalidade.

Todavia, a análise da possibilidade da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na medida coercitiva típica é, pelo menos em parte, distinta da análise na aplicação dos referidos princípios na medida coercitiva atípica, em que pese em ambas medidas coercitivas os princípios serem utilizados como critérios balizadores.

Outrossim, como já visto, a doutrina, em sua ampla maioria, corrobora com a aplicação destes princípios como forma de critério na aplicação das medidas coercitivas atípicas, o que também será ponderado a seguir.

Isto porque é possível se socorrer a diversos outros institutos encontrados no ordenamento jurídico que possibilite a verificação do critério adotado na aplicação das medidas coercitivas que tem aplicabilidade mais próxima do que os referidos princípios, além de permitirem um controle mais concreto, substancial e fundamentado do que a invocação genérica dos princípios constitucionais.

Destarte, para a correta análise da aplicação das medidas coercitivas é necessário estudar as formas de interpretação constitucional, além de aprofundar-se na conceituação e nos elementos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de forma específica a averiguar se é (in)devida e (im)prescindível a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para verificação dos critérios das medidas coercitivas, típicas ou atípicas.

Gustavo Osna, corroborando com esta ideia de aplicação do princípio da proporcionalidade de forma genérica e como critério de parâmetro, esclarece que, embora aplicado à análise de matérias processuais, esta possui natureza de Direito Material:

De todo modo, neste tipo de hipótese a aplicação da baliza acabaria atingindo a própria prestação material; a interferência a ser trazida ao mundo concreto e ao seu plexo de posições. Assim, não se questionaria o procedimento construído para esse fim seria proporcional ou se os meios empregados

disporiam desse atributo. E esse nível de investigação nos parece essencial.¹⁷⁹

Em que pese a multa diária já estar incluída no ordenamento há muito tempo, as medidas coercitivas atípicas, mormente quanto a sua aplicação na execução por prestação pecuniária, ganhando novos transtornos com a disposição do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, está em uma nova fase de debates e concretização doutrinária e jurisprudencial acerca dos poderes do juiz nesta aplicação.

Desta forma, em que pese estar sedimentada – de forma equivocada na visão deste autor, conforme se demonstrará – a invocação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pelos magistrados na fixação/quantificação da multa diária, a aplicação destes dois princípios como critérios balizadores é ainda mais grave do que nas medidas coercitivas atípicas, onde são possíveis encontrar mais elementos destes dois princípios para limitar o poder do juiz na fixação destas medidas.

Todavia, em que pese nas medidas coercitivas atípicas ser possível encontrar mais elementos que caracterizam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nem todos os seus elementos podem ser verificados, razão pela qual também é possível criticar a doutrina e a jurisprudência quando os invocam para limitar a atuação do juiz na fixação destas medidas.

Outrossim, a intenção do legislador no Código de Processo Civil, tendo como um dos seus grandes pilares a efetividade do processo, também deve ser considerada quando estes princípios, que possuem natureza constitucional¹⁸⁰, ofereçam melhor interpretação constitucional sobre o tema, sendo certo que na colisão de princípios, sempre um deles será afastado do caso concreto para aplicação de outro que melhor intérprete a *questio judis* em debate. É o que nos ensina Alexy, traduzido por José Sérgio da Silva Cristóvam:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como ocorre quando um segundo princípio algo é proibido e, segundo outro princípio, é permitido – um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Entretanto, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado

¹⁷⁹ *Ob. cit.*, p. 93.

¹⁸⁰ A Constituição Federal de 1988 não prevê o princípio da proporcionalidade de forma expressa, no entanto, alguns autores entendem que se encontra implícito no texto constitucional, extraindo seu fundamento de validade de fontes variadas, como o Estado de Direito, o devido processo legal princípio da legalidade, o catálogo dos direitos fundamentais, a unidade da Constituição ou a conjugação desses critérios. (LOPES, Karina Nathérica Souza, *ob. cit.*, p. 43-44).

deva-se introduzir uma cláusula de exceção. De fato, o que sucede é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios possuem diferente peso e que tem primazia o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão são princípios válidos – tem lugar a partir da superação da dimensão da validade, na dimensão do peso.¹⁸¹

Portanto, será sob a análise dos seguintes enfoques que se concluirá se a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão de acordo com sua melhor interpretação, quais sejam, (a) interpretação constitucional; (b) princípios e sua forma de atuação no caso concreto; (c) elementos e características do princípio da razoabilidade; (d) elementos e características do princípio da proporcionalidade; (e) elementos das *astreintes*; (f) elementos das medidas coercitivas atípicas.

3.1 Princípio da razoabilidade como critério de quantificação pelo juiz na aplicação das multas periódicas

O princípio da razoabilidade, como já estudado anteriormente, é aplicado quando há colisão de princípios ou direitos fundamentais para a resolução de caso concreto que não haja regra específica, tendo o magistrado que, sopesando-os, aplicar o que melhor se adequa ao ordenamento jurídico como um todo.

Outrossim, também já demonstrada acima a singularidade deste princípio, que não se confunde com o da proporcionalidade, em que pese também ser aplicado na colisão de princípios e direitos fundamentais, tendo, todavia, sua forma de análise para aplicação com fundamento em espeques particulares, tais como: (a) razoabilidade como equidade; (b) razoabilidade como congruência; (c) razoabilidade como equivalência.

É certo, contudo, que, diferentemente do princípio da proporcionalidade em que seus elementos devem ser analisados em conjunto e de forma precedente, só possibilitando a sua aplicação quando todos estiverem presentes, na razoabilidade seus aspectos são analisados de forma independente, sob seu prisma individual, bastando, para tanto, que o caso concreto se adequa a uma de suas possibilidades de aplicação para que haja a correta invocação deste princípio.

¹⁸¹ Traduzido por CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, *ob. cit.*

A razoabilidade como equidade não se aplica na análise deste estudo, pois não há qualquer norma criada para determinado grupo, diferenciando-o dos demais, tratando das *astreintes* que possibilite sua invocação na fixação/quantificação da multa diária.

Já a razoabilidade como congruência também não é alvo deste estudo, pois, para a análise da fixação/quantificação das *astreintes* não é necessária a verificação da congruência entre a medida adotada e o que se requer com a medida.

A razoabilidade sob o prisma da equivalência, como ideia de dimensão entre o critério escolhido e a medida adotada, é que fatalmente, ainda que de forma não explícita nos julgados, é aplicada pelos Tribunais para a fixação/quantificação da multa diária.

No entanto, esta já observada forma de aplicação do princípio da razoabilidade de forma perfunctória e bastante confusa pelos Tribunais pátrios – incluindo aí o Supremo Tribunal Federal - faz com que a análise da razoabilidade sob o prisma da equivalência no que tange à quantificação da multa diária seja aplicada de forma equivocada.

Para uma análise completa da razoabilidade como equivalência nas *astreintes* é necessário averiguar esta matéria em dois momentos: (a) primeiro, quando da fixação inicial da multa; (b) segundo, após o cálculo final da multa e sua redução.

3.1.1 Razoabilidade como equivalência no momento da fixação da multa periódica

O princípio da razoabilidade é aplicado como critério para a quantificação tanto no momento da fixação das *astreintes*, quanto no seu cálculo final, sendo certo que, dependendo do momento, é possível que se altere as razões pelas quais há a equivocada aplicação deste princípio no julgamento desta questão.

No momento da fixação, o magistrado deverá averiguar se o valor da multa estaria equivalente à coerção que é de sua natureza. Para tanto, averigua qual o valor da multa compeliria o devedor a cumprir de imediato a sua obrigação considerando a sua capacidade econômica.

Conforme já exposto no subtítulo pertinente, segundo a citada doutrina, os elementos que devem ser considerados pelo magistrado para o arbitramento do valor e periodicidade da multa quando da sua fixação ao intimar o devedor ao cumprimento

da obrigação imposta, são eles: (a) capacidade econômica do devedor, (b) compatibilidade com a obrigação imposta; (c) urgência na prestação da medida e complexidade.

Desta forma, estipulados os critérios para a sua fixação, invocar o princípio da razoabilidade para julgamento de questão tão simples é banalizá-lo, já que sua aplicação deve voltar-se às questões jurídicas que sejam necessárias profundas argumentações jurídicas para enquadrar da melhor forma eventuais medidas ao ordenamento jurídico, conforme se demonstra adiante.

No entanto, esta posição é defendida por notória doutrina, como, *v. g.*, Humberto Theodoro Junior:

O valor da multa é fixado pelo juiz que a impõe, na tutela provisória, na sentença definitiva ou na execução, não havendo um critério legal rígido a observar. Será levada em conta a capacidade de resistência do devedor. De maneira geral, recomenda a doutrina que seja elevada, tal que possa impressionar o condenado. Incide, porém, o princípio da razoabilidade: em primeiro lugar porque o Código impõe que a execução se dê sempre pelo modo menos oneroso para o devedor (art. 805); em segundo lugar, porque sua função é alcançar o cumprimento da prestação devida e não arruinar simplesmente o executado.¹⁸²

Todavia, com todas as vênias ao ilustre doutrinador, apesar da ausência de uma fundamentação profunda na referida obra sobre a incidência do princípio da razoabilidade na fixação da multa diária, é possível concluir, pelos ensinamentos acima transcritos, que este princípio está sendo aplicado pelo prisma da equivalência ao indicar uma das situações que deveriam balizar o valor fixado, qual seja, menor onerosidade ao devedor.¹⁸³

A partir deste ensinamento, convém a indagação: apesar de critérios prévios estabelecidos tanto pela doutrina já exposta, seria necessária a argumentação jurídica de ponderação de princípios da efetividade x menor onerosidade do devedor para julgar adequadamente esta matéria? No entendimento deste autor a resposta é, desenganadamente, negativa.

Ademais, quanto ao princípio da menor onerosidade ao devedor, destaque-se que sua finalidade é proteger o devedor de sofrer atos executivos desnecessariamente onerosos, que podem ser substituídos por outros menos

¹⁸² *Ob. cit.*, p. 828.

¹⁸³ A segunda situação – alcançar o cumprimento da obrigação –, se encaixaria, conforme a metodologia adotada por este estudo, na adequação, elemento do princípio da proporcionalidade.

gravosos. Nesta linha de raciocínio, Sérgio Matos, citando alguns dos doutrinadores mais festejados, esclarece que o princípio da menor onerosidade ao devedor se volta exclusivamente aos atos executivos que sejam tão eficientes quanto a espécie escolhida pelo credor:

Mais precisamente, o princípio diz respeito aos atos executivos. Dentro de cada espécie de execução, pode haver “atos menos gravosos ou mais gravosos, sem que isso altere a espécie escolhida pelo credor, segundo as determinações legais (Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, bv.6, p.603-604). Neste sentido, o princípio da menor onerosidade da execução cumpre a função de “evitar atos executivos desnecessariamente onerosos ao devedor” (Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 400). O exemplo fornecido por Pontes de Miranda é elucidativo: “[s]e o devedor é colecionador de quadros ou de esculturas, e há outros bens, ou se é advogado e tem salas de escritório, mas é dono de outros apartamentos, casas ou outros bens, facilmente encontra o juiz o caminho que há de seguir”¹⁸⁴

Portanto, se o referido princípio se volta a proteger o devedor de meios desnecessariamente onerosos, devendo, inclusive, a teor do artigo 805, parágrafo 1º, indicar outros que entendem ser mais eficazes e menos onerosos, indaga-se: (a) onde se enquadra o arbitramento da multa diária no alcance deste princípio? (b) o ônus do descumprimento do devedor nesta indicação recairá sobre o credor?

O princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado para a escolha da medida coercitiva ou sub-rogatória a ser fixada pelo magistrado para dar efetividade a sua decisão, mas não como critério de arbitramento do valor da multa, até porque caberia ao devedor indicar outro valor da multa que seria mais eficaz que o fizesse cumprir a decisão.

Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça em julgamento do recurso especial 1.337.790, já assentou pela “*inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva.*”¹⁸⁵

Desta forma, para o critério de arbitramento da multa diária, o princípio da menor onerosidade ao devedor não deve ser aplicado nesta quantificação, eis que foge totalmente das características de sua natureza, que visa proteger o devedor de

¹⁸⁴ MATOS, Sérgio. Comentários ao artigo 805. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2087-2088.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Resp 1.337.790**. Relator: Min. Herman Benjamin, 12 de junho de 2013.

sofrer atos mais gravosos (e aqui não se discute o ato, que já foi escolhido pelo magistrado quando da opção pelas *astreintes*), possibilitando este escolher outro meio que melhor se adequaria a sua realidade.

Não há qualquer valor constitucional em jogo ou violação a direito fundamental que permita a invocação do princípio da razoabilidade de forma genérica e superficial para sua atuação como mero critério de valores fixados previamente a qualquer descumprimento de ordem judicial a título de *astreintes*.

O espeque da equivalência de que trata o princípio da razoabilidade como dimensão do critério e a medida adotada deve voltar-se para a análise de questões em que se tenha adotado um critério exorbitante para implementar uma ordem onde seja possível um confronto entre duas grandezas:

A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa hipótese, exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim. (...) Há, isto sim – uma relação de correspondência entre duas grandezas.¹⁸⁶

Aqui, inicialmente, há tão somente o cumprimento de uma norma jurídica, que tem sua natureza no princípio da efetividade fixado com bases em elementos já predefinidos pela doutrina e jurisprudência, não sendo adequada a interpretação do princípio da razoabilidade como mera verificação de que o valor da multa é razoável relacionando-a sua semântica.

Até porque, no momento de sua fixação, não há, ainda, qualquer descumprimento da obrigação imposta sob a pena da multa pelo devedor, razão pela qual não se pode analisar esta questão sob o ângulo do possível descumprimento da obrigação pelo devedor e o alcance das cifras finais que podem atingir o descumprimento.

Portanto, a forma de fixação (e de controle dessa fixação pelo Tribunal) deve ser específica na indicação da razão pela qual o valor escolhido a título de multa diária estaria de acordo com o caso concreto, demonstrando de forma clara o método utilizado para alcançar o valor.

¹⁸⁶ *Ob. cit.*, p. 182.

Desta forma, basta que o magistrado indique a relação entre a capacidade econômica do devedor e o valor fixado que tenha realmente força coercitiva para o cumprimento imediato da obrigação, afinal esta é a natureza das *astreintes*.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade:

[...] o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.¹⁸⁷

A natureza da *astreinte* é exatamente fazer com que o devedor cumpra a obrigação, sob pena de ser afetado economicamente pela sua recalcitrância em cumprir ordem judicial, não podendo ser analisada como forma simplória dos valores a serem auferidos pelo credor pelo eventual descumprimento.

Isto porque não se pode inverter a ordem deste instituto: quando o credor requer uma obrigação, ele visa que o devedor a cumpra, não ao contrário para auferir rendimentos; pensar assim é alterar a natureza do instituto, descaracterizando-o completamente.

Ademais, este entendimento também torna letra morta o princípio da boa-fé processual e colaboração, na qual o credor espera o cumprimento da obrigação com a imposição da multa.

No entanto, não é raro encontrar festejada doutrina que, ao abordar a multa diária, indica a possibilidade de que atos do credor acarretem a majoração da multa ou sua excessividade, tornando-a mais atrativa do que o cumprimento da obrigação pelo devedor:

Há casos em que se evidencia que o interesse do autor não está no cumprimento da decisão judicial, mas antes no seu descumprimento para que possa auferir benefícios com a incidência da multa cominada. Como exemplo, vale mencionar situação em que dada empresa por longo período descumpra a decisão judicial não por deliberação consciente, mas por desorganização interna, e desconhecimento de fato do mandado de intimação, perdido em algum escaninho ou central de recebimento de correspondências, tendo ainda o autor deixado de requerer nova intimação do réu por cumprimento. Em situações como esta, devidamente demonstradas e comprovadas,

¹⁸⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 808.

somadas à constatação de que benefício econômico do réu como descumprimento é muito inferior ao valor resultante da incidência da multa, pode e deve o juiz suprimir este último, ao menos parcialmente.¹⁸⁸

Contudo, caso o magistrado verifique que as atitudes do credor viola a boa-fé processual, deve, acertadamente, excluir a multa, eis que há fundamento legal para tanto, sendo este um justo motivo já abordado acima.

Porém, não é possível a exceção virar regra, mormente quando do momento da fixação da multa, em que o credor não tem qualquer substrato quanto ao (des) cumprimento imediato da obrigação imposta.

Até porque, basta que o devedor cumpra imediatamente a obrigação, ou, ainda, comprove cabalmente a sua impossibilidade de cumpri-la, que o credor não receberá quaisquer valores pela obrigação que foi imposta ao devedor. Logo, o credor jamais pode ser responsabilizado ou penalizado pelo inadimplemento obrigacional do devedor.

Mesmo que houvesse colisão entre princípios e direitos fundamentais na quantificação das *astreintes*, a interpretação constitucional e processual permite concluir que se deve resguardar o direito do credor e não do devedor. Assim, realizada qualquer ponderação, não seria permitida a redução da multa.

Isto porque, ao invocar um princípio constitucional, sua análise deve se dar de acordo com as constantes evoluções da sociedade e seus anseios, além, é claro, da intenção do legislador quando da elaboração do texto normativo.

Nas palavras de César Landa, a Constituição é uma norma jurídico-política aberta e vai sofrendo alterações de acordo com a evolução da sociedade, bem como a adesão a tratados internacionais para se adaptar às evoluções sociais, bem como a sua interpretação deve respeitar a semântica, história, lógica e gramática:

Em esse sentido, las reglas de interpretación de la ley sonb válidas para la interpretación de la Constitución; es decir, que la intepretacion semántica, histórica, lógica y gramatical postulada por SAVIGNY son aplicables a la Constitución. Equiaprar la ley a la Constitución supone también transferir los atributos de la norma legal a la ley suprema;

(...)

Por cuanto la Constitución es una norma jurídico-política abierta, que se encuentra em um processo permanente de integración nacional y agora de integración supranacional, em la medida em que los tratados internacionales

¹⁸⁸ RIZZO, Guilherme Amaral. Comentários ao artigo 537. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1565.

se integran directa o indirectamente a la Constitución; lo es que una característica propia del derecho constitucional a inicios del siglo XXI.¹⁸⁹

Sendo a evolução da sociedade e a sua vontade critérios que podem ser utilizados para a interpretação constitucional quando esta é invocada para interpretar as leis, a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 é claro ao atender os anseios da sociedade em uma Justiça mais célere, efetiva e eficiente, devendo, portanto, estes anseios da sociedade e abarcados pelo legislador serem considerados na invocação do princípio da razoabilidade para mitigar uma medida coercitiva que tem como natureza a efetividade do processo.

E este anseio de efetividade e eficiência são encontrados logo no primeiro parágrafo da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.¹⁹⁰

Não se pode interpretar o Código de Processo Civil com os mesmos olhos do Código de Processo Civil de 1973, devendo sua interpretação, quando se sopesa direitos do credor com direitos do devedor, privilegiar à efetividade, sendo certo que isto não acarreta a exclusão de direitos fundamentais do devedor, o que nem de longe pode ser aplicado a matéria agora debatida, de cunho meramente patrimonial e com elementos claros que protegem a figura do devedor.

Acerca da exposição de motivos e da interpretação do Código de Processo Civil de acordo com a Constituição Federal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aborda de forma elucidativa a questão, indicando especificamente os valores constitucionais que devem ser considerados na aplicação da legislação adjetiva:

A comissão de juristas que redigiu o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, na sua exposição de motivos, advertiu que um dos objetivos do novo

¹⁸⁹ LANDA, Cesar. *Teorías de la interpretación Constitucional*. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Interpretación constitucional*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005. t. 2. p. 733, 737.

¹⁹⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. atual. até abr. 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020 às 11:20.

texto seria a constitucionalização do processo, ou seja, a elaboração de um novo Código em harmonia com os preceitos da Constituição Federal de 1998. Efetivamente, como expressamente consignou a Exposição de Motivos, esse foi o primeiro e mais importante objetivo do novo Código de Processo Civil, eis que, por meio do processo, “se realizam valores constitucionais”, a partir daí acentuando a “necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.

(...)

Em suma, os conteúdos normativos dos referidos artigos recomendam a ordenação, a disciplina do processo e a interpretação das normas que o regem segundo as garantias constitucionais da inafastabilidade da atividade jurisdicional exercida pelo Estado (a jurisdição), da razoável duração do processo, do respeito à dignidade da pessoa humana, da legalidade, do efetivo contraditório, da publicidade e da eficiência.¹⁹¹

Nesta esteira, mesmo que na atecnicidade proposta por este estudo na invocação do princípio da razoabilidade como critério balizador para fixação do valor das *astreintes* – eis que já há elementos claros identificados pela doutrina e jurisprudência na quantificação da multa que tornam desnecessária a invocação do referido princípio - sua forma de interpretação deve ser a favor do credor, pois o que se busca no momento da fixação da multa diária é a efetividade e não o enriquecimento.

Desta forma, é certo que se pode utilizar o termo razoável na indicação de que o valor fixado a título de *astreinte* seja adequada quando dos elementos que constituem o valor da multa diária, porém não invocando o princípio da razoabilidade, sob pena de sua utilização permanecer sendo utilizada de forma banal, minimizando estudos necessários que devem ser realizados para a sua correta aplicação.

3.1.2 Razoabilidade como equivalência no cálculo final da multa periódica

A razoabilidade como equivalência para análise do cálculo final das *astreintes* deve ser analisada de forma diversa, eis que invocada por grande parte da doutrina e da jurisprudência como rota de colisão ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, ao contrário da colisão com o princípio da menor onerosidade ao devedor, defendida no ato da fixação da multa diária.

Assim, caso a multa diária alcance valores exorbitantes, seria possível limitá-la para que fosse obstado o enriquecimento sem causa do credor. Desta forma, a

¹⁹¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie [et al.] (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 59-60.

razoabilidade como equivalência auferiria se o valor final seria correspondente à medida adotada, no sentido razoável.

Destarte, além da crítica que será abordada ao posicionamento dos Tribunais pátrios, mormente ao Superior Tribunal de Justiça ao manter sua posição para possibilitar a alteração da multa diária vencida posteriormente mesmo com alteração legislativa, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como critério balizador para quantificação da multa também deverá ser criticada.

Inicialmente, porque não se está, neste momento, analisando o critério de dimensionamento da medida adotada (multa diária inicialmente fixada), mas, sim, o cálculo final da multa diária alcançada diante do descumprimento, razão pela qual já não se caracteriza fundamento balizar do princípio da razoabilidade sob o prisma da equivalência.

Portanto, inexistindo o debate, neste momento processual no cumprimento de sentença referente ao valor das *astreintes*, quanto ao critério da dimensão da medida, não é preenchido fundamento para invocação do princípio da razoabilidade, que, tendo em vista a sua aplicação sempre genérica e bastante distorcida pela jurisprudência, está novamente sendo incidido pela sua questão semântica, no que tange a verificação se o valor seria razoável ao caso concreto.

E mesmo que se analise o critério do dimensionamento *a posteriori* com a medida adotada, verifica-se que o valor alcançado se deu pelo descumprimento da ordem, razão qual o valor alcançado está devidamente embasado na medida adotada pelo juiz.

Assim, aqui já se verifica que a aplicação do princípio da razoabilidade sob o prisma da equivalência não é realizada de forma técnica pelos doutrinadores e pela jurisprudência.

Da mesma forma, também não é possível sua invocação sob o prisma da equidade, pois não se trata de aplicação norma exclusiva para determinada classe que mereça sua individualização de acordo com o que acontece no mundo fático.

Outrossim, pelo prisma da congruência verifica-se que a medida adotada (multa) é congruente e está relacionada com a coerção desejada pelo juiz para compelir o devedor a cumprir a obrigação.

Desta forma, apenas por estas razões já se pode defender que o princípio da razoabilidade não pode ser aplicado, sob nenhum de seus prismas, para modificação

das *astreintes* também quando do julgamento de eventual impugnação após sua quantificação final.

No entanto, há doutrina que indicaria a necessidade de ponderação entre duas grandezas: efetividade x enriquecimento sem causa, o que poderia sustentar a aplicação do princípio da razoabilidade.¹⁹²

Todavia, não basta que duas grandezas estejam colidentes para que seja aplicado o princípio da razoabilidade, eis que os seus fundamentos devem ser preenchidos, sob algum de seus prismas, para que seja possível a sua invocação de forma técnica.

Já quanto à invocação do princípio do enriquecimento sem causa, também é possível seu afastamento na questão aqui debatida o que acarretaria a inexistência de colisão de direitos fundamentais, impossibilitando ainda mais a incidência do princípio da razoabilidade.

Isto porque, como já amplamente demonstrado, a natureza jurídica das *astreintes* é de multa civil ou sanção processual pecuniária para coerção e não indenizatória, já tendo sido afastada a sua natureza de sanção penal quando da análise da limitação das *astreintes* ao valor da obrigação principal – artigo 412, do Código Civil.^{193 194}

Portanto, tendo sua natureza de multa civil que visa coerção para compelir o cumprimento de decisões judiciais, não haverá enriquecimento sem causa pelo credor, mas, sim, o recebimento de uma multa em virtude de um inadimplemento do devedor, havendo clara existência de causa processual para o recebimento destes valores.

Há, destarte, correlação entre valor recebido e tempo de descumprimento da ordem judicial que fixava correspondente multa diária pela recalcitrância. E esta correlação não significa que o credor está sendo indenizado pelo devedor pela demora no inadimplemento, mas, sim, que aquela obrigação descumprida pelo devedor, com

¹⁹² DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 617.

¹⁹³ “A multa, também denominada de *astreintes*, é **sanção processual pecuniária** – sempre fixada em dinheiro – que tem por objetivo coagir o executado a satisfazer, com maior retidão, a prestação de uma obrigação de fazer ou não fazer – e, as vezes, prestação de entrega de coisa -, fixada em decisão judicial. (CARVALHO, Fabiano. Comentários ao artigo 537. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronald (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 870).

¹⁹⁴ Mesmo não tendo sua natureza de sanção penal, o E. Superior Tribunal de Justiça já julgou a questão parametrizando-a pelo valor da obrigação principal AgRg no Ag 1220010. Relator: Min. Luis Felipe Salomão - 4ª Turma, data de publicação: 01 fev. 2012.

sanção processual previamente fixada, por determinado tempo, não atingiu sua finalidade, qual seja, o cumprimento imediato da obrigação.

José Roberto de Castro Neves, em interessante artigo sobre enriquecimento sem causa como fonte das obrigações, indica os 04 (quatro) requisitos que devem ser preenchidos na verificação do enriquecimento sem causa:

Verifica-se o enriquecimento sem causa se presentes (a) a vantagem patrimonial propriamente dita, consistente no benefício aferível em dinheiro - que se verifica não apenas no aumento de bens, mas também na diminuição do passivo e na economia de algumas despesas -; (b) o empobrecimento, de outra ponta, que se verifica diante da perda de patrimônio; (c) o nexo causal, isto é, o liame entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro; (d) e, por fim, a ausência de causa. Haverá enriquecimento sem causa se presente esse nexo causal entre a vantagem e a perda do patrimônio de duas pessoas, sem uma causa jurídica geradora que justifique essa alteração.¹⁹⁵

Logo, na quantificação da multa diária não está presente um dos requisitos do enriquecimento sem causa, qual seja, exatamente a ausência da causa para o recebimento da quantia. Isto porque é inegável que o valor alcançado pela multa diária teve somente uma causa: o descumprimento imediato da ordem pelo devedor sem qualquer motivo justo.

Desta feita, analisando-se de forma específica e mais contundente o princípio do enriquecimento sem causa, é possível concluir que a causa processual da sanção imposta veda o preenchimento dos quatro requisitos que possibilitam a correta interpretação do enriquecimento sem causa.

Nesta mesma esteira, Alexandre Câmara¹⁹⁶ sustenta a vulgarização do chamado princípio do enriquecimento sem causa, para reduzir a multa até mesmo nos casos em que o devedor de enorme capacidade técnica e econômico-financeira não justificou o motivo da mora no cumprimento da decisão, muito menos o inadimplemento da obrigação.

Novamente, é possível extrair esta invocação genérica de princípios que acarreta uma equivocada interpretação final do ordenamento jurídico, que, *in casu*, mitiga sobremaneira o princípio da efetividade.

Para que sejam aplicados, os princípios devem estar presentes em seus elementos, características e fundamentos, não bastando que interpretação semântica,

¹⁹⁵ NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte das obrigações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 843, p. 97-112, jan. 2006.

¹⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 370.

sob pena de desvirtuamento do princípio e soluções equivocadas prestadas pelo Poder Judiciário.

Por fim, é possível encontrar outro desvirtuamento da matéria ao analisar a questão sob o prisma do credor, e não do devedor, que é o responsável pelo inadimplemento da obrigação e a cominação da multa, eis que esta demora no cumprimento e o valor a ser recebido não altera a sua natureza para tornar-se indenização, mas, sim, permanece como uma sanção processual ao devedor por descumprimento das ordens judiciais.

Destacando que o valor da multa final se dá por exclusivo descumprimento do devedor, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao agravo de instrumento que tentava a redução da multa após o inadimplemento do devedor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO C/S INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA. ASTREINTES. (...). A MULTA POR DESCUMPRIMENTO É INSTRUMENTO QUE VISA DAR EFETIVIDADE AO PROCESSO, E SE, NO CASO CONCRETO, ATINGIU VALOR EXPRESSIVO, ISTO SE DEVEU À PRÓPRIA CONDUTA DESIDIOSA DA PARTE QUE SE FURTOU AO CUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL. RESTABELECIMENTO DO VALOR FIXADO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹⁹⁷

Ademais, William Douglas, também criticando a invocação do enriquecimento sem causa, é contrário à alteração *a posteriori* do valor da multa que acarreta grave violação à dignidade da Justiça, concedendo privilégios ao devedor que não cumpriu imediatamente a ordem emanada, estimulando estes descumprimentos com a certeza que a multa poderá ser reduzida:

Enriquecimento sem causa e enriquecimento ilícito são os argumentos mais utilizados para justificar a redução ou até mesmo a exclusão das multas impostas. Tal entendimento, além de flagrantemente equivocado, conduz a uma situação danosa em vários aspectos: o ofensor não se sente desestimulado, já que tem a convicção de que a multa não irá prosperar. O consumidor se sente desprotegido e o Judiciário, que não sustenta suas próprias determinações, passa uma imagem de descrédito.¹⁹⁸

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 0016070-97.2017. 8.19.0000**. Relator: Des. Jairo Dias Pinheiro Filho, 03 de maio de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000478B85F28A381AE5DA8F0DB538A3AD1ADC50626080549&USER=>. Acesso em: 05 jul. 2020.

¹⁹⁸ DOUGLAS, William; RESINENTI, Marcus Fábio Segurasse. As astreintes no sistema processual brasileiro como ferramenta de resgate da dignidade da Justiça e recuperação da credibilidade do Poder Judiciário Brasileiro. **Blog Flávio Citro**, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.flaviocitro.com.br/v1/index.php/2012/02/16/as-astreintes-no-sistema-processual-brasileiro-como-

Destarte, é evidente que se deve afastar o contraste entre a efetividade e o enriquecimento sem causa, tendo em vista que a causa processual que lhe permite o recebimento de valores não deve ser aplicada no caso, sendo certo que o valor da multa está totalmente relacionada ao tempo de descumprimento da ordem judicial pelo devedor. Há, portanto, clara correlação entre valor recebido e o descumprimento do devedor.

De tudo quanto foi exposto, portanto, além de inexistir análise do critério da dimensão da medida adotada neste momento processual, carecendo de qualquer prisma que se possa invocar o princípio da razoabilidade, sua aplicação não é fundamentada na melhor técnica.

Outrossim, por inexistir qualquer conflito entre duas grandezas, o princípio da razoabilidade, ainda que de forma mais genérica e perfunctória, também não poderia ser aplicado para solucionar a quantificação das *astreintes*.

3.2 Princípio da proporcionalidade como critério de quantificação da multa periódica

O princípio da proporcionalidade, como já visto, é subdividido em três elementos que o forma, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade volta-se a análise de uma correlação meio fim entre a situação analisada e o direito aplicado.

Imperioso que referidos elementos são analisados de forma ordenada, relacionando-se de forma sucessiva, de forma totalmente independente, apesar de que a ausência do preenchimento de um dos elementos impede a análise do posterior.

É o que nos ensina Carlos Bernal Pulido:

Sobre el proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de proporcionalidad. En primer lugar, la Corte Constitucional verifica que la norma jurídica que interviene en la ley fundamental sea la adecuada. En caso contrario, debe declararse inconstitucional. Si, por el contrario, la norma jurídica excede los requisitos del primer subprincipio, se debe someter al análisis de la necesidad y, si lo logra, finalmente determinar la Proporcionalidad en un sentido diferente. En el caso de que el estándar legal

no exceda los requisitos de los dos últimos subprincipios, deberá declararse inconstitucional.¹⁹⁹

Neste sentido, portanto, para saber se o princípio da proporcionalidade pode ser invocado como critério de quantificação das *astreintes* no momento de sua aplicação, é necessário se ater a correlação entre meio fim com base nestes três elementos.

O primeiro, como já visto, é elemento da adequação, em que se deve verificar se o meio utilizado pelo magistrado promove o fim.

In casu, o meio aplicado não é o valor da multa, mas, sim, a medida coercitiva típica fixada pelo magistrado para compelir o destinatário da obrigação a cumpri-la. E, não se discute a constitucionalidade desta medida coercitiva típica sob o viés de que sua fixação se adequa à finalidade que a lei deseja alcançar.

Destaque-se que o valor da *astreinte* não é meio, mas tão somente a sanção pecuniária aplicada pelo meio escolhido pelo legislador para atingir uma finalidade: a efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, sob o manto da proporcionalidade, esta adequação não se refere à eventual adequação do valor da multa com relação à obrigação a que se pretende compelir o devedor a cumprir.

Resumindo, meio não pode ser interpretado como ordem de grandeza.

Sobre o tema, Henrique Ribeiro Cardoso, transcrevendo lições de Luís Virgílio Afonso da Silva – já colacionadas neste estudo, define a adequação e sua forma de interpretação:

A adequação, também denominada de idoneidade, primeira das sub-regras a incidir no exame da proporcionalidade de um ato estatal – legislativo, judicial ou administrativo – limita-se ao exame pelo ato estatal. Adequado, na lição de Luis Virgílio Afonso da Silva "não é somente o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado." Uma medida somente seria inadequada quando sua "utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objeto pretendido."²⁰⁰

A final e importante lição transcrita por Henrique Cardoso dos ensinamentos de Luis Virgílio da Silva praticamente fulmina a questão: a medida só seria inadequada

¹⁹⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 689.

²⁰⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 223-224poi.

quando sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objeto pretendido.

Deste trecho já se verifica que a utilização é do meio, e não qualquer ordem de grandeza adequada a se cumprir a obrigação.

Apesar de não cumprido o elemento da adequação, o que por si só já impediria a análise dos outros dois elementos para verificar a correta invocação do princípio da proporcionalidade, este estudo abordará se os demais elementos serviriam como fundamento para esta invocação quando da análise da quantificação do cálculo das *astreintes*.

O segundo elemento a ser preenchido seria o da necessidade. Novamente, neste elemento também é averiguado uma relação meio fim, qual seja, se determinado meio é necessário, dentre tantos outros, a se atingir a finalidade almejada.

Segundo Valeschka e Silva e Braba

A necessidade pressupõe à medida que traz a menor desvantagem possível, ou seja, a menor gravosa ou nociva para o alcance do fim legal. Assim, a exigibilidade é a busca do meio menos injurioso aos bens e valores constitucionalmente protegidos. Procura-se, através dela, a mais suave alternativa, dentre as disponíveis, para o alcance do fim.²⁰¹

Ainda sobre este tema, Yokohama afirma que:

Aqui a preocupação é manifestada em três estágios: a) constatar um meio alternativo apto a contribuir à realização do fim em tela; b) demonstrar que esse meio promove com eficácia equivalente referido fim, ou seja, que é da mesma forma adequado; e, por fim, c) comprovar que é menos restritivo aos(s) princípio(s) afetado(s) pela medida.²⁰²

Novamente, a análise deste elemento também se deve à análise prévia à quantificação da *astreinte*, qual seja, se a multa diária é o meio menos gravoso ao devedor para compeli-lo a cumprir a obrigação determinada pelo magistrado.

Não se trata, portanto, de valorar a multa diária para verificar se o valor fixado seria necessário ao cumprimento, pois não se trata, novamente, de juízo de grandeza de valor, mas, sim, de meio necessário ao cumprimento da obrigação.

²⁰¹ ATIENZA. Manuel. Para una razonable definición de "razonable". Doxa, Alicante, n. 4, p. 189-200, 1097.

²⁰² *Ob. cit.*, p. 113.

Neste ponto, para a verificação da necessidade, poderia o magistrado optar por uma busca e apreensão direta ao invés de determinar que o devedor entregue determinado bem no prazo indicado sob pena de multa diária.

A interpretação do princípio da proporcionalidade não pode, destarte, sob este viés, analisar se foi correto o valor da multa diária fixada em caso de descumprimento da ordem por uma simples razão, qual seja, não há qualquer relação meio fim nesta averiguação.

Assim, não é o valor da multa que deve ser menos gravoso ao devedor, mas, sim, a medida a ser fixada pelo magistrado para o cumprimento da obrigação. Logo, o valor da multa é tão somente, e novamente, a sanção processual correspondente ao inadimplemento da obrigação, ou seja, uma consequência que poderá ocorrer caso o devedor tenha recalcitrância à medida imposta para alcançar seu fim.

Por fim, o último elemento, o da proporcionalidade em sentido estrito, certamente é o que mais se assemelha à ideia de proporção do valor da multa diária à situação fática correspondente à fixação da medida, e que pode, por este ângulo, entender a invocação do princípio da proporcionalidade como critério parametrizador da *astreinte*.

Destaque-se, entretanto, que Luis Virgílio Afonso da Silva, nas palavras de Henrique Ribeiro Cardoso afasta a possibilidade de se confundir o elemento da necessidade com o da proporcionalidade em sentido estrito, já que, diante de algumas semelhanças, isto pode ocorrer:

Para a aferição da necessidade, ambas as medidas alternativas promovem – no dizer de Alexy – uma proteção em medida equivalente a um determinado direito fundamental. Para a aferição da proporcionalidade em sentido estrito, as medidas alternativas possuem eficácia diferente. Neste último caso, a questão posta em ponderação é se a efetivação da medida necessária (alternativa mais eficiente) se justifica em face da não realização, de elevado grau de diminuição, ou de alguma restrição a um direito fundamental. Outra questão essencial na diferenciação: a sub-regra da necessidade opera com a otimização de um princípio "*em relação às possibilidades fáticas presentes*." A proporcionalidade em sentido estrito – mandamento de ponderação, sopesamento – busca atingir um grau ótimo de realização de cada um dos direitos fundamentais envolvidos no processo. Não se pondera acerca das medidas fáticas alternativas, já que se sabe qual a medida mais eficiente. "*A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.*"²⁰³

²⁰³ *Ob. cit.*, p. 897.

Assim por este elemento poder-se-ia invocar eventual colisão entre direitos fundamentais caso a multa diária atinja montantes elevados, ante o conflito entre a efetividade jurisdicional e a vedação do enriquecimento ilícito ou proibição do excesso.

No entanto, esta superficial possibilidade de aceitação do elemento da proporcionalidade em sentido estrito não se coaduna com um estudo aprofundado sobre o tema. Em breves palavras, Humberto Ávila indaga, para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, se "*o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais.*"²⁰⁴

Conforme já salientado anteriormente, na proporcionalidade em sentido estrito o que se deve analisar é se a medida aplicada traz mais vantagens do que desvantagens em sua aplicação, verificando em uma relação de critério para parametrizar a restrição imposta à finalidade que se deseja atingir.

Em outras palavras, novamente Humberto Ávila indica qual será a pergunta perfeita a se fazer para a análise da proporcionalidade em sentido estrito: "*As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?*"²⁰⁵

Uma interpretação perfunctória sobre este elemento dos princípios da proporcionalidade pode levar o intérprete a concluir que sua aplicação pode ser realizada na quantificação da multa diária imposta, respondendo à indagação acima elaborada por Humberto Ávila quanto a eventual valor da multa no que tange ao critério de correlação entre a efetividade do processo e a restrição financeira a ser imposta ao devedor.

No entanto, novamente, esta interpretação é equivocada, pois a relação de critério entre o que se almeja atingir e a restrição imposta deve ser analisada pelo meio escolhido pelo magistrado; e este meio é a escolha da *astreinte* não o seu valor.

A proporcionalidade em sentido estrito deve responder se a *astreinte* é uma medida concreta para compelir o devedor a cumprir a obrigação e se a desvantagem trazida pela aplicação desta medida não seria maior que a vantagem a ser concretizada.

Distingui-se o elemento da proporcionalidade em sentido estrito do elemento da necessidade quanto a averiguação, neste segundo elemento, se o meio escolhido

²⁰⁴ *Ob. cit.*, p. 124.

²⁰⁵ *Idem.*

pelo magistrado seria necessário, entre tantos outros, a auxiliar ao alcance do que pretende com a medida. Já no primeiro elemento, em análise posterior, deve-se averiguar se a medida escolhida entre tantas outras, traz mais vantagens do que desvantagens aos jurisdicionados.

E, ao aplicar esta interpretação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito às *astreintes* verifica-se que esta é, sem sombra de dúvidas, a medida coercitiva menos restritiva e mais vantajosa a ser aplicada em face do devedor, pois, caso este cumpra a obrigação, não sofrerá qualquer restrição, com a consequente satisfação da obrigação do credor, de forma célere, com a fixação de simples medidas nos autos.

O critério, portanto, é sobre a medida escolhida, e não sobre o valor fixado pelo magistrado para que a medida seja efetiva. Ou seja, a desvantagem trazida ao devedor é sempre a mesma, qual seja, a necessidade de pagamento de multa por descumprimento, alterando tão somente o valor a ser pago, que será quantificado de acordo com o parâmetro fixado pelo magistrado quando do deferimento da medida coercitiva.

A interpretação deste elemento para quantificar o valor da multa fixada não analisa as vantagens do credor e a desvantagem do devedor, pois aquela é sempre a mesma, independentemente do valor da multa, qual seja, a efetividade do processo; já a desvantagem do devedor também é sempre a mesma: o pagamento de sanção processual pelo descumprimento.

Não há, portanto, conflito distinto de duas grandezas pela mera fixação da multa, pois o conflito desta grandeza já foi superado quando da escolha da medida coercitiva pelo magistrado. E, quando este escolhe o valor da sanção pelo descumprimento, verifica qual o montante fixado fará com o que o devedor cumpra esta obrigação de acordo com, como já visto acima, os seguintes critérios: (a) capacidade econômica do devedor, (b) compatibilidade com a obrigação imposta; (c) urgência na prestação da medida e complexidade.

Portanto, para a análise destes critérios, não se leva em consideração qualquer vantagem ao credor, pois, quando da sua fixação, não se sabe se o devedor não irá cumpri-la no prazo e as condições definidas pela decisão. E, caso o devedor não a cumpra nesta forma, é porque o valor da multa foi insuficiente para que o cumprimento se desse na forma disposta na decisão.

Não há por que, repise-se, inverter a ordem de valoração da medida coercitiva para analisá-la sob o espeque de que o valor da multa diária entregará vultosa quantia ao credor, mas, sim, que, somente com o atingimento da vultosa quantia é que o devedor se mobilizou para o cumprimento da obrigação.

A quantia a ser recebida não é uma vantagem do credor, nem tampouco uma desvantagem do devedor, é uma justa medida atingida que fez com que a obrigação fosse satisfeita quando atingido aquele patamar.

Ainda sobre a análise de que o Judiciário deverá fazer sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, José Sérgio da Silva Cristóvam esclarece que *"Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a medida obteve um resultado satisfatório e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma relação de precedência condicionada."*²⁰⁶

É inegável que esta análise somente poderá ser realizada posteriormente à adoção da medida, e que, mesmo que se pudesse utilizar este elemento do princípio da proporcionalidade para quantificar o valor da *astreinte*, conclui-se que o valor final da multa se deu à exata medida para o cumprimento da obrigação.

O conceito de que "justa medida" a que se refere o princípio da proporcionalidade pela ponderação fundada no seu elemento da proporcionalidade em sentido estrito, apesar de ser difícil de analisar (quando se está efetivamente em caso de ponderação de direitos), deve comparar valores constitucionais, não mera quantia atingida pela *astreinte*.

É o que ensina Suzana de Toledo Barros que afirma que a proporcionalidade em sentido estrito:

é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de se separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.²⁰⁷

²⁰⁶ *Ob. cit.*, p 241-242.

²⁰⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 82-83.

Desta forma, mesmo que analisado isoladamente o último dos elementos do princípio da proporcionalidade, não é permitida a sua interpretação para invocar este princípio como parametrizador do critério para fixação da multa diária.

Verifica-se, destarte, que, analisados os elementos que formam o princípio da proporcionalidade, a sua invocação para análise do valor da multa diária não se coaduna com a origem, conceito e interpretação de tão importante princípio constitucional, acarretando sua banalização.

Assim, a ideia de proporção do princípio da proporcionalidade não pode ser interpretada como análise de critério para analisar se o valor da multa é proporcional à obrigação a ser cumprida, mas, sim, deve preencher todos os seus elementos, de forma individual e complementar, para a correta aplicação do referido princípio.

3.3 Princípio da vedação do enriquecimento sem causa como critério de quantificação da multa periódica

O princípio do enriquecimento sem causa, como já visto no subcapítulo específico em que foi tratado este tema, é invocado por grande parte da doutrina e pela jurisprudência majoritária para reduzir o valor final alcançado pela multa periódica.

Somando-se aos fundamentos também já expostos neste estudo pela impossibilidade de modificação da multa periódica vencida, ao analisar com maior profundidade o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, verifica-se que este princípio não é aplicável ao presente tema.

Isto porque o recebimento de qualquer quantia a título de multa periódica é fundamentada em uma causa por ambas as partes: pela visão do credor, a multa fixada pelo magistrado com a finalidade de ver cumprida de imediato a prestação jurisdicional; pela visão do devedor, a sua recalcitrância no cumprimento tempestivo da obrigação que lhe foi imposta.

Quanto à causa para recebimento da quantia pelo credor, Alexandre Câmara esclarece que a demora do devedor no cumprimento do comando na sentença judicial é a razão que embasa o enriquecimento de uma das partes, o que, por si só, já afastaria o comando do artigo 884, do Código Civil para aplicação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa ao presente tema:

A respeito do enriquecimento sem causa, afirma o art. 884 do Código Civil que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Verifica-se, então, que só há enriquecimento sem causa quando alguém se locupleta sem justa causa. Ora, no caso que aqui se examina um ponto é certo: o enriquecimento do credor que eventualmente ocorra não é sem causa. Trata-se de enriquecimento com causa. Afinal, o enriquecimento do credor, aqui, é causado pela demora do devedor em efetivar o comando contido na sentença judicial. O enriquecimento, então, é consequência de uma previsão contida em um provimento judicial. Há, assim, um meio válido, um adequado título jurídico, que fundamenta o enriquecimento. Inadmissível, portanto, que se lhe considere ilícito.²⁰⁸

Portanto, corroborando com o posicionamento já exposto de Maria Celina Bodin de Moraes²⁰⁹, existe causa no recebimento de valores pelo credor quando da incidência da multa periódica, que é fundamentada no descumprimento tempestivo de ordem judicial que impõe determinada obrigação.

A análise, destarte, é voltada para a causa de eventual recebimento de quantia para o credor. E, havendo a causa para o recebimento de R\$10,00 (dez reais) a título de multa periódica por descumprimento de ordem judicial, há também causa para o recebimento de R\$100.000,00 (cem mil reais) pelo mesmo fundamento.

Saliente-se, outrossim, que o valor a ser recebido é compatível com a exata recalitrância do devedor no cumprimento da obrigação, sendo cirúrgico o ensinamento de Edson Prata acerca desta questão

O empobrecimento aparecerá, se o obrigado persistir no seu propósito de desafiar o poder público, desafiando, com isto, a própria sociedade. Ora, quem se recusa a conviver com os sentimentos da sociedade, não segundo suas normas, também não pode merecer a proteção dela. E, ainda mais: não seria nada aceitável o desprezo ao direito do vencedor, desamparando-o voluntariamente, sob pena da estreita aliança com a injustiça.²¹⁰

No mesmo sentido, Rafael Caselli Pereira também indica que o *quantum* alcançado pela multa é consequência da atitude recalitrante e omissa do obrigado²¹¹, corroborando a tese de que há sim causa para o enriquecimento do credor em decorrência do descumprimento tempestivo de ordem judicial.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0018925-54.2014.8.19.0000**. Relator: Des. Alexandre Freitas Câmara, 02 de junho de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046BFC7B45C53449767EE1DB8010AABB02C503121F2819>. Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295-302.

²¹⁰ PRATA, Edson. **Direito processual civil**. Uberaba: Editora Vitória, 1980. p. 32.

²¹¹ *Ob. cit.*, p. 292.

Sob uma outra visão sobre o tema, Eduardo Talamini faz uma ponderação sob a incidência de dois princípios sobre o tema, indicando a prevalência do princípio da efetividade ao do enriquecimento sem causa, eis que, caso o último prevalecesse, serviria como prêmio ao descumprimento da ordem judicial:

não parece correto afirmar que a simples insistência do réu em descumprir baste para impor a cessação da incidência da multa. Em princípio, a multa deverá continuar a incidir. Não advindo a insolvência do réu, ou outro elemento que a torna inadequada, não há o que obste sua aplicação. Fazê-la cessar significaria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de 'enriquecimento sem causa' gerada pela incidência ilimitada da multa.²¹²

E ainda que tal posicionamento já tenha se dado antes da elaboração do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que o referido doutrinador já era adepto à visão de necessidade de valorização da efetividade da jurisdição, devidamente encampado pelo ordenamento adjetivo pelos artigos 4º, 6º e 8º.

No entanto, o princípio do enriquecimento sem causa vem sendo aplicado com prevalência, há muito tempo pela jurisprudência, ainda que sem a devida interpretação da existência da causa para o recebimento do valor a título da multa periódica, sendo impossível a invocação do referido princípio tão somente pelo aspecto do valor alcançado pela recalcitrância do devedor no descumprimento tempestivo da ordem judicial.

O que se sugere, destarte, é a revisão da invocação deste princípio não só pela correta interpretação da existência de causa para recebimento de quaisquer valores a título de multa periódica, mas também pelos novos ares trazidos pelo Código de Processo Civil que trouxe como uma das principais finalidades principiológicas a efetividade da prestação jurisdicional.

Conforme trazido do capítulo específico sobre interpretação constitucional, as leis têm que ser interpretadas de acordo com a evolução da sociedade e a necessidade de se tutelar direitos específicos em cada momento que atravessa o país, sendo certo que, neste momento, o que os cidadãos mais esperam do Poder Judiciário é uma Justiça mais célere e efetiva.

Assim, se em momento passado o que se visava era uma maior proteção ao direito dos devedores e uma visão de processo mais formalista, em que se privilegiava

²¹² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**: CPC, art. 461; CDC art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 252.

a forma em detrimento do conteúdo, os novos tempos trazem novos ares que visam a concretização das decisões judiciais e uma maior pressão ao devedor em entregar o bem da vida determinado em um processo.

Imperioso destacar que o devedor não está desprotegido nesta correlação com a efetividade, eis que a lei, mormente quanto à aplicação e incidência das multas periódicas, o protege ao especificar hipóteses em que a multa pode ser reduzida e, inclusive, excluída, bastando que o devedor comprove uma justa razão para o descumprimento.

Não se pode dar guarida, contudo, ao devedor que não comprova qualquer justa razão para o descumprimento da obrigação imposta, e é beneficiado com a redução posterior da multa sob o argumento de que o credor estaria recebendo vultosa quantia, sob pena de perda total da eficácia da coerção que se pretende com a fixação da multa periódica por descumprimento de obrigação imposta.

3.4 Critérios Fixadores e Limitadores da Multa Periódica: Uma análise crítica propositiva

Este estudo abordou de forma crítica os fundamentos majoritariamente utilizados pelos Tribunais e pela doutrina quanto à revisão da multa diária já incidida, mormente quanto à incorreta invocação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao enriquecimento sem causa.

Como já foi demonstrado adiante, o princípio da razoabilidade não pode ser aplicado para a redução do valor da multa periódica porque seus elementos não se encontram preenchidos para a sua correta invocação. Na razoabilidade como congruência (viés mais aproximado que se poderia enquadrar o princípio da razoabilidade a esta matéria), há a necessidade de colisão de princípios para a sua aplicação, o que, *in casu*, inexistente, eis que, seja no momento da sua fixação, seja no momento de seu cálculo final, o princípio da efetividade e a coerção (natureza da multa), não são confrontados com nenhum outro.

Isto porque, quando da fixação da multa, a onerosidade excessiva não se aplica em decorrência da ausência de qualquer outro meio indicado pelo devedor para que se atinja o fim imposto na decisão, sendo certo, outrossim, que naquele momento, não há qualquer descumprimento da ordem, ou, ainda, violação a qualquer patrimônio do devedor, o que ocorrerá somente com o seu descumprimento.

Já no momento do cálculo final, também não há qualquer confronto de princípios, eis que não se aplica, como visto, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, já que a causa do valor atingido pela multa periódica é existente no mundo jurídico, qual seja, o descumprimento da ordem judicial pelo devedor.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este estudo demonstrou que é necessário o preenchimento dos 03 (três) de seus elementos para que haja a sua correta aplicação no caso concreto, quais sejam, (a) adequação; (b) necessidade, e (c) proporcionalidade em sentido estrito.

Como visto, a fixação de multa periódica por descumprimento de ordem judicial encontra respaldo na adequação e na necessidade, razão pela qual, somente por este ângulo, já se afastaria a invocação do princípio da proporcionalidade para revisar o valor atingido pela multa.

Outrossim, a aplicação isolada da proporcionalidade em sentido estrito também, além de não encontrar respaldo pela necessidade de preenchimento total dos elementos, não se aplica a esta matéria, pois o critério a ser analisado, portanto, é sobre a medida escolhida, e não sobre o valor fixado pelo magistrado para que a medida seja efetiva.

Afastados estes princípios, há a necessidade de um correto preenchimento de critérios que são encontrados no ordenamento jurídico para fixar a multa periódica.

Partindo do pressuposto de que o artigo 537, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, impede a revisão da multa diária vencida, deve ser criteriosa a fixação da multa periódica, seja quanto à periodicidade, quanto ao seu valor, para que seja adequado o efeito coercitivo que se deseja com a sua aplicação.

Inicialmente, imperioso destacar que a multa periódica fixada não pode ser utilizada como alguma forma de mera ameaça à parte em caso de descumprimento da ordem judicial emanada, devendo ser aplicada a sanção imposta na decisão, sob pena da falência deste instituto.

Infelizmente, da forma como vem sendo aplicada pelos Tribunais, com redução das multas já vencidas, de forma genérica com invocação de princípios que sequer se aplicam à espécie, este meio coercitivo vem perdendo sua força, pois a parte tem plena ciência da possibilidade de redução da multa fixada após o descumprimento.

Cabe, então, estabelecer critérios específicos para definir a periodicidade e o valor da multa, o que evitará a necessidade de revisão da multa em caso de descumprimento da ordem pelo devedor da obrigação.

Isto porque, com critérios bem definidos e rígidos na fixação da multa periódica, a sanção pelo cumprimento da ordem judicial não será revista, dando maior força a natureza coercitiva da multa periódica.

Estes critérios já estão definidos pelo Superior Tribunal de Justiça,²¹³ e pela doutrina que, todavia, não vêm sendo aplicados pelos magistrados quando da aplicação da multa periódica, e já foram, ainda que brevemente, explanados neste estudo.

O Superior Tribunal de Justiça fixou 04 (quatro) parâmetros para verificar a adequada fixação deste meio coercitivo típico quando do julgamento do AgInt no AgRg no AREsp 738.682, quais sejam:

- (i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado;
- (ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade);
- (iii) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor;
- (iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Todavia, novamente, os Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, majoritariamente, não vêm aplicando estes 04 (quatro) parâmetros que devem ser observados para o arbitramento da multa coercitiva, gerando instabilidade jurisprudencial sobre o tema.²¹⁴ Outrossim, tal questão é, infelizmente, tratada de forma genérica e sem a devida fundamentação judicial.

Verifica-se que esta ausência de aplicação dos parâmetros destacados pelo Superior Tribunal de Justiça – como uniformizador de jurisprudência que é – também mitiga a coerção da multa, que vem sendo reduzida sem qualquer parâmetro pelos Tribunais, ficando a cargo do arbítrio de cada magistrado e ao caso a fixação do montante alcançado pelo descumprimento.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 738.682**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 17 de novembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501628853&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²¹⁴ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial ARES 1485246-SP 2019/0102739-4**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 05 de junho de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/879179977/agravo-em-recurso-especial-aresp-1485246-sp-2019-0102739-4?ref=serp>. Acesso em: 17 ago. 2020.

Sobre a necessidade de cumprimento do dever de fundamentação nos casos de fixação e revisão da multa, Rafael Caselli Pereira indica a “*necessidade de o Poder Judiciário fundamentar toda e qualquer decisão que, em um primeiro momento, fixa, e posteriormente, analisa alguns critérios objetivos imprescindíveis, para fins de modulação (mantendo ou reduzindo) do quantum alcançado pela multa judicial*”²¹⁵.

Portanto, *prima facie*, o magistrado deve cumprir com exatidão o dever de fundamentar sua decisão (artigo 489, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil), indicando os critérios utilizados para o arbitramento da periodicidade e do valor da multa coercitiva.

E quanto aos critérios a serem invocados para a correta fixação da multa periódica, além da orientação jurisprudencial já bem delineada pelo Superior Tribunal de Justiça, a doutrina, além de ratificar os referidos parâmetros, também destaca critérios bem definidos que, caso utilizados pelo magistrado, evitará qualquer revisão quanto ao valor atingido pela multa periódica em caso de descumprimento da ordem judicial pelo devedor, o que reforçará sobremaneira o poder coercitivo deste instituto.

Quanto à periodicidade, o prazo para cumprimento da obrigação imposta, deve o magistrado observar, primeiramente, o tempo ideal para o cumprimento, que, neste caso, deve respeitar, (a) urgência na visão do credor, para que não tornar inócua a prestação jurisdicional; (b) tempo justo para o cumprimento da decisão na visão do devedor, destacando tempo hábil de acordo com a complexidade da ordem, desincentivando-o à permanência da prática do ilícito. Neste ponto, portanto, o prazo para cumprimento da obrigação imposta pelo magistrado não pode ser curto demais para acarretar a impossibilidade de cumprimento tempestivo pelo devedor, nem longo a ponto de se tornar inócua ao credor.²¹⁶

Posteriormente, sobre a incidência da multa periódica pelo tempo de seu descumprimento, esta deve ser fixada pelo magistrado de acordo com os seguintes critérios:

- (a) multa diária: quando a obrigação não se exaure em um único momento, for de trato continuado e o ilícito gere danos permanentes ao credor;

²¹⁵ *Ob. cit.*, p. 278.

²¹⁶ Ver nota 121.

(b) por ato ilícito: quando o ilícito é instantâneo e a ausência do seu cumprimento naquele ato torna inócua a ordem, razão pela qual a permanência da fluência da multa não encontra substrato fático.

(b.1) esta periodicidade pode se dar uma única vez (quando a obrigação foi única) ou, ainda, por cada ato ilícito praticado (quando a obrigação se repetir no tempo).

Saliente-se que nos casos em que a periodicidade se dá em uma única vez, ou de acordo com cada ato ilícito praticado, nestes casos o *quantum* a ser fixado deve ser muito bem analisado e arbitrado pelo magistrado, sob pena de não se atingir a coerção necessária para impedir o descumprimento da obrigação.

E, quanto ao *quantum*, imperioso destacar desde logo que não há qualquer vinculação do valor da multa quanto ao valor da obrigação, devendo, portanto, o magistrado observar: (I) compatibilidade com a obrigação imposta, (II) capacidade econômica do devedor e sua capacidade de resistência ao descumprimento.

Há, portanto, de se diferenciar vinculação com o valor da obrigação da compatibilidade com a obrigação imposta. A primeira relaciona-se a fixar um teto da multa de acordo com o valor do bem jurídico tutelado; neste caso, se a obrigação for a entrega de um livro que possui valor de mercado de R\$1.000,00 (mil reais), a multa somente poderia atingir este valor. Na segunda, o que deve observar é uma compatibilidade entre o valor da obrigação, ou seja, se o livro vale R\$1.000,00 (mil reais) e o devedor está criando embaraços para sua entrega ao credor, o valor da multa deve ser fixado com base neste valor, não sendo irrisório a ponto de não compelir a entrega do bem.

Quanto à capacidade econômica do devedor e sua capacidade de resistência ao descumprimento da ordem judicial, o magistrado deve, para fixar o *quantum* da multa, observar a condição financeira daquele que deverá cumprir a obrigação para atingir duas finalidades: (a) coerção, eis que o valor realmente atingirá quantia substancial do patrimônio do devedor; (b) patrimônio do devedor para suportar a multa em caso de descumprimento.

Assim, para os devedores com vultosa capacidade econômica, o valor da multa deve, respeitando a compatibilidade da obrigação, ser alta o suficiente para compeli-lo ao cumprir a obrigação, já que valores irrisórios poderão fazer com que o devedor descumpra o determinado.

Já para os devedores com baixa capacidade econômica, o valor da multa não pode ser, nem tão baixa que o devedor poderá descumprir a obrigação, nem tão alta que o levará a insolvência, já que, neste último caso, não haverá efetividade na coerção, pois o devedor tem plena ciência que não serão encontrados bens suficientes para pagar a multa.

Estabelecidos estes critérios e sendo eles aplicados pelo magistrado, não há qualquer razão para alteração da multa, eis que, quando devidamente fundamentados, deixa clara aos jurisdicionados que foi analisada de forma profunda a questão com base na análise fática de cada caso concreto, não deixando dúvida de que a sua fixação não se dá com mera ameaça para que não haja o descumprimento, mas, sim, com parâmetros coercitivos que serão devidamente aplicados contra o devedor caso este descumpra a ordem judicial.

Assim, o que se sugere com este estudo é que haja a correta fundamentação pelos magistrados indicando todos os parâmetros utilizados para a fixação inicial da multa periódica, com base em critérios já encontrados na doutrina e na jurisprudência que, caso indicados na decisão, além de aumentar a coerção, retirará qualquer chance de pedido de revisão da multa vencida, seja pela sua impossibilidade legal (artigo 537, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil), seja pela desfundamentada invocação de princípios de forma genérica que não se adequam a esta matéria para afastar disposição literal de lei.

Outrossim, para a revisão da multa vincenda, a doutrina também indica de forma clara quando é possível a sua realização, quais sejam: (a) concorrência do credor para o descumprimento da ordem; (b) impossibilidade fática de cumprimento parcial ou total da ordem. Para ambos os casos, a lei possibilita, ou a ausência de incidência total ou parcial da multa, não sendo regra para reduzir o *quantum* da multa a possibilidade de o credor (sem qualquer prova) desejar o descumprimento da obrigação tão somente para auferir renda extra com o recebimento da multa, eis que, ao assim entender, estar-se-á desvirtuando a natureza da multa ao retirar da responsabilidade do devedor o descumprimento da ordem judicial para responsabilizar genericamente o credor.

CONCLUSÃO

A medida coercitiva tópica mais utilizada no ordenamento jurídico – multa periódica - infelizmente, da forma como está sendo aplicada pelos Tribunais, amparada por parte importante da doutrina, acarreta certa falência desta medida, eis que minimiza de forma sobremaneira a sua natureza, que é de coerção para cumprimento das obrigações impostas em decisões judiciais.

Este estudo encontrou a causa originária desta falência, que é constitucionalmente protegida pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, e pelo Código de Processo Civil em seu artigo 489, parágrafo 1º, qual seja, o vício do dever de fundamentação. Este vício é encontrado em três vertentes: (i) primeiramente na invocação genérica dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não indicando o preenchimento de seus elementos para que seja possível a correta aplicação dos referidos princípios na fixação da multa periódica; (ii) a partir da invocação dos aludidos princípios, a incorreta ponderação para aplicação dos princípios da menor ao devedor e da vedação ao enriquecimento ilícito; e, (ii) por último, na genérica fixação da multa periódica, eis que, quase que invariavelmente, os magistrados não citam os critérios utilizados para seu arbitramento, seja quanto à periodicidade, seja quanto ao seu valor.

A partir do vício de uma maior fundamentação de como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade poderiam ser invocados para a revisão da multa periódica arbitrada, constatou-se que, com um maior estudo sobre os elementos que formam este princípio, estes não são preenchidos para a sua correta aplicação a esta matéria. Outrossim, também foi possível constatar, a partir do estudo da interpretação constitucional, que sequer há colisão de princípios ou normas que possibilitassem a ponderação que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade propõem para adequação da norma ou ato judicial ao ordenamento jurídico.

A partir desta informação já é possível afirmar o primeiro standard deste estudo:

- o vício no dever de fundamentação é o ponto originário da redução dos efeitos da coerção a que a multa periódica se propõe, seja pela invocação genérica de princípios, seja pela vaga ponderação de princípios, ou, ainda, pela inexistência de especificação de critérios utilizados para a sua fixação.

O estudo da interpretação constitucional também permitiu a conclusão de que, mesmo que fosse correta a ponderação de princípios para possibilitar a invocação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na fixação e revisão da multa periódica, o princípio da efetividade deveria prevalecer às outras normas que pudessem colidir com ela, eis que, atualmente, este é o maior desejo da sociedade e que foi devidamente inserida pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015 na busca por uma jurisdição mais célere e efetiva na entrega do bem da vida ao vencedor.

Isto porque, como visto, a interpretação constitucional deve ser feita com base na evolução da sociedade e no que ela busca durante determinado tempo.

Neste sentido, se anteriormente, em decorrência das mazelas trazidas pelo golpe militar, buscava-se uma maior proteção aos indivíduos para afastar qualquer tipo de violência autoritária ao cidadão, a evolução da sociedade, com a existência de poderes autônomos e instituições fortes, atualmente, o cidadão não precisa de uma enorme proteção do Estado, devendo ser responsabilizado por seus atos e julgados sem qualquer interpretação como fraco ou alvo de ações estatais sem embasamento legal.

Portanto, o que se almeja neste momento é que o Estado promova todos os seus esforços em uma solução célere e efetiva aos jurisdicionados, sendo certo, destarte, que a efetividade buscada pelo legislador para atender este anseio da sociedade deve prevalecer em qualquer ponderação a ser realizada.

Desta forma, há de se alterar a interpretação da possibilidade de revisão da multa periódica que atualmente é majoritariamente adepta a esta modificação – inclusive da multa vencida que é literalmente impedida pela legislação adjetiva - para afastá-la, mormente sob o fundamento genérico e sem a devida fundamentação.

Extrai-se, portanto, o segundo standard deste estudo:

- A Constituição é basicamente constituída de normas abertas e princípios que devem ser interpretados à luz do seu tempo, que são hierarquicamente superiores às demais, eis que as normas infraconstitucionais são interpretadas a partir dela, sendo certo que os patamares ideológicos e os anseios da sociedade são fontes para a correta interpretação constitucional;
- e, sendo, a efetividade da jurisdição o principal anseio da sociedade, que, inclusive foi acolhido pelo legislador para a elaboração do Código de

Processo Civil de 2015, o princípio da efetividade deve prevalecer sobre os demais princípios invocados para a realização da ponderação a que se propõem a proporcionalidade e razoabilidade, prevalecendo sobre a menor onerosidade ao devedor e vedação ao enriquecimento sem causa, que, sequer podem ser aplicado ao caso em espécie.

Ao aprofundar os elementos que formam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como as espécies deste, foi possível concluir que, ambos os princípios, possuem natureza de ponderação de normas e princípios, são interpretados como regras quando aplicadas na modificação do *quantum* da multa periódica. Isto porque referidos princípios, ao serem interpretados de acordo com a perspectiva de sua literalidade – razoável e proporcional - ganham novas feições não abarcadas pelo Direito Constitucional, que sempre os tratou, repise-se, como princípios de ponderação para a melhor aplicação do Direito aplicável à espécie quando há conflito de normas e princípios sobre ele.

A doutrina apontada neste estudo, capitaneada por Humberto Ávila e Luis Virgílio Afonso da Silva, demonstra que a razoabilidade não teria uma estrutura determinável, bem como é aplicada pelos Tribunais em vários contextos e finalidades, sem a utilização, infelizmente, de critérios expressos e claros de fundamentação.

Quanto à razoabilidade, aplicada sob seu viés da equivalência – que seria o mais aproximado na aplicação à matéria em espécie - exige a verificação da equivalência entre a sanção imposta e o ato cometido, devendo haver uma correspondência entre essas duas grandezas: critério escolhido e medida aplicada, não se exigindo uma relação entre meio e fim.

Portanto, a equivalência que se exige em nada tem relação com o *quantum*, mas, sim, se a forma de coerção e sua sanção estão de acordo com a natureza da norma. Neste ponto, sem sombra de dúvidas que não há qualquer inconstitucionalidade na multa periódica, eis que esta sanção está de acordo com o critério escolhido. Portanto, afasta-se a invocação deste princípio, pois seu elemento não está configurado, e nem tampouco há colisão com o princípio da menor onerosidade ao devedor (fixação da multa), ou vedação ao enriquecimento sem causa (quantificação final da multa).

Com este apontamento, surge o terceiro standard:

- A ausência de critérios expressos e claros de fundamentação para invocação do princípio da razoabilidade faz com que esta seja aplicada como regra e não como princípio de ponderação, interpretando-o de forma literal – como sendo razoável - sendo certo que o tipo mais próximo deste princípio – a razoabilidade como equivalência - exige a verificação da equivalência entre a sanção imposta e o ato cometido, o que, *in casu*, é devidamente preenchido, pois é adequado, pois a sanção (multa) é adequada para evitar o descumprimento da ordem judicial, atingindo corretamente a finalidade da norma.

Já o princípio da proporcionalidade possui 3 (três) elementos que o forma, quais sejam, (i) adequação, (ii) necessidade, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. E, para a correta aplicação do referido princípio, é necessário o preenchimento destes três elementos, que devem ser analisados de forma progressiva e subsidiária, ou seja, inicialmente deve se verificar se o elemento da adequação que, caso preenchido, passa-se a análise da necessidade para, posteriormente, a proporcionalidade em sentido estrito.

Não é possível, portanto, o preenchimento individual de cada elemento para a correta aplicação do princípio da proporcionalidade. E, da análise do elemento adequação, verifica-se que sequer este é preenchido para a correta invocação do princípio da proporcionalidade, já que a adoção da multa periódica é adequada à finalidade coercitiva que se pretende com a sua fixação. Outrossim, este é um meio necessário e menor desvantagem ao devedor (elemento necessidade), já que basta que haja o cumprimento tempestivo da obrigação – ou a comprovação de impossibilidade deste cumprimento - para que não haja qualquer sanção.

Por fim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito – que, repise-se, não pode ser aplicada isoladamente ante a falta de preenchimento dos elementos pretéritos - é o que mais se aproximaria à interpretação do princípio da proporcionalidade como é aplicada à multa periódica. Isto porque este elemento se assemelha à ideia de proporção, sendo certo, contudo, que sua correta aplicação depende da análise do grau de importância da promoção do fim e a restrição causada no que tange a um direito fundamental.

Sob este ângulo, reduzir o *quantum* da multa periódica, certamente, não afeta qualquer direito fundamental, sendo certo que a promoção do fim (efetividade) é mais

relevante juridicamente do que o valor da multa alcançado pela recalcitrância do devedor ao cumprimento de ordem judicial.

Destaque-se então o quarto standard:

- Não estão preenchidos nenhum dos 03 (três) elementos que compõem o princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - que devem ser preenchidos cumulativamente e subsidiariamente, que permita a sua invocação para modificar a multa periódica fixada.

Ademais, analisando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como ponderação, os princípios da menor onerosidade ao devedor e da vedação do enriquecimento ilícito também são incorretamente invocados pela doutrina e jurisprudência para modificar o *quantum* final atingido pela multa periódica.

Primeiramente, o princípio da menor onerosidade do devedor, devidamente disposto no artigo 805, do Código de Processo Civil, deve acompanhar da indicação, pelo devedor, da medida executiva menos gravosa a ele, a teor do que determina o parágrafo 1º do referido artigo. Na aplicação da multa diária, não é possível encontrar qualquer outro meio menos gravoso para o cumprimento da obrigação: ou se cumpre tempestivamente, ou se arca com as consequências deste descumprimento. Ademais, referido princípio tem sua *ratio* na escolha de qual bem será expropriado para garantir a execução.

Já o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa também é incorretamente invocado, pois a causa para o recebimento de qualquer valor possui origem no descumprimento da ordem judicial emanada. Outrossim, deve-se traduzir "enriquecimento" como qualquer valor recebido por uma pessoa sem o seu devido lastro, já que o artigo 884, do Código Civil pode ser aplicado para a condenação de uma pessoa que se apropriou ilicitamente de R\$10,00 (dez reais) de outra.

Destarte, não é o valor que caracteriza o enriquecimento sem causa, mas, sim, o recebimento de qualquer quantia sem o devido lastro. Logo, ao reduzir uma multa de R\$20.000,00 (vinte mil reais), para R\$5.000,00 (cinco mil reais), além do primeiro valor não enriquecer ninguém, o recebimento do segundo valor tem a mesma origem, qual seja, o descumprimento da ordem judicial.

Destaque-se, neste turno, que a própria legislação dispõe sobre as hipóteses de modificação do valor ou periodicidade da multa nos incisos do parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, havendo clara intenção legislativa em se manter rígida a multa periódica para reforçar a sua natureza coercitiva.

Surge, então, o quinto standard:

- Não há colisão de princípios quando o valor da multa periódica alcança elevado patamar, eis que o princípio da menor onerosidade excessiva exige que o devedor especifique outra forma de execução menos gravosa, o que não se aplica à espécie. Outrossim, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa também não se aplica porque há causa para recebimento de quaisquer valores a título de multa periódica, qual seja, o descumprimento tempestivo da ordem judicial.

Do que se extrai da interpretação da multa periódica até o presente momento, é que se nega vigência até à literalidade da lei que tenta protegê-la, inclusive com julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça que afasta a literalidade do parágrafo 1º, do artigo 537, do Código de Processo Civil para permitir a modificação da multa vencida, para, recorrendo-se de princípios, minimizá-la.

E, para melhor controle pelos Tribunais e segurança jurídica aos jurisdicionados, o magistrado deverá tecer de forma pormenorizada os critérios que fundamentam a periodicidade e o valor da multa periódica em caso de descumprimento da ordem judicial pelo devedor.

Sobre este tema este estudo propôs, com base no que já está sedimentado na doutrina e pode ser encontrado em julgado do Superior Tribunal de Justiça, critérios claros para a fixação da periodicidade e do valor da multa periódica, concluindo que, caso devidamente utilizados estes critérios, evitar-se-á maiores discussões sobre a multa, bem como aumentará a tão sonhada coerção desejada pela multa, acarretando uma maior efetividade jurisdicional.

Encontra-se, destarte, na própria legislação já vigente, bem como na doutrina e jurisprudência, fundamentos para concretizar a efetividade que se procura na jurisdição, cabendo apenas esta corrente que prima pelo avanço da atuação do Estado para melhoria do cumprimento das decisões judiciais ganhar mais vozes para torná-la majoritária.

Logo, é completamente desnecessária qualquer nova alteração legislativa para que se dê uma maior efetividade ao processo, pois o Código de Processo Civil avançou muito bem para a concretização deste princípio, cabendo apenas a doutrina e a jurisprudência acompanhar esta avanço para, alterando sua interpretação sobre a multa periódica, analisá-la sob os novos fundamentos legislativos, deixando para trás a necessidade de proteção maior do devedor para proteger o credor das artimanhas utilizadas pelo devedor para descumprir ordens judiciais e, posteriormente, beneficiar-se deste descumprimento com a revisão da coerção imposta pelo magistrado.

Quanto à proteção de devedor no que tange à interpretação de que o credor, em determinadas situações, pode preferir a incidência da multa ao cumprimento da obrigação, entende-se pelo completo descabimento e inversão fática de como se dá a satisfação da ordem judicial, eis que, basta que o devedor a cumpra para que não haja fluência da multa, sendo certo, outrossim, que o ordenamento jurídico defende o devedor nestes casos, pois, basta provar que o credor criou qualquer embaraço que dificultasse ou retardasse o cumprimento da ordem que o magistrado possui respaldo legal para a redução ou exclusão da multa.

Assim sendo, recorrer-se a este fundamento – e novamente de forma genérica – para fundamentar a revisão da multa periódica, acarreta grave redução da sua coerção e traz certa falência a esta medida típica que já poderia estar melhor sedimentada para a concretização da sua natureza.

A multa periódica, como visto, não pode ser utilizada como mera ameaça ou blefe do magistrado ao fixá-la, mas, sim, deve ser vista como a consequência natural e lógica já prevista em caso de descumprimento da ordem judicial, sendo rígidas estas consequências que deverão ser arcadas pelo devedor quando este não conseguir comprovar que fatos externos impediram o cumprimento tempestivo da determinação judicial.

De tudo o quanto exposto, encontra-se neste estudo as impugnações específicas quanto à incorreta invocação dos argumentos exaustivamente utilizados pela doutrina e jurisprudência que acarretam a falência da multa periódica no que tange à redução drástica de seu poder coercitivo, havendo a demonstração clara de critérios também já debatidos doutrinariamente e jurisprudencialmente para maximizar a natureza da multa periódica, que deve começar pelo correto dever de fundamentação e enfrentamento das questões fáticas de cada caso concreto para permitir a correta análise da periodicidade e valor arbitrado pelo magistrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50.

AGÊNCIA O GLOBO. Facebook chega a 2,5 bilhões de usuários; lucro no 4º trimestre sobe 7%, mas cai 16% em 2019. **Época Negócios**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/01/facebook-chega-25-bilhoes-de-usuarios-lucro-no-4-trimestre-sobe-7-mas-cai-16-em-2019.html#:~:text=No%20ano%20de%202019%2C%20por%C3%A9m,US%24%200%2C8%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 29 nov. 2020.

ALEXANDRE aumenta multa para forçar Facebook a bloquear perfis no exterior. **Conjur**, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/moraes-aumenta-multa-forcar-facebook-bloquear-perfis>. Acesso em: 02 dez. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do artigo 461 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 80, p. 109, 1995.

AMARAL, Guilherme Rizzo; WAMBIER Teresa Arruda Alvim [et al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Obrigações de fazer e não fazer: direito material e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 99, p. 27-39, jul./set. 2000.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Y. (Coord.). **Grandes temas do novo CPC: Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 83, jul./set. 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetivação de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Federal Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos Fundamentais e Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bittar**: estudos de direito constitucional e direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhaes. **Os princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, Marcus Vinicius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**: parâmetros para aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. 2. ed., 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. atual. até abr. 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020 às 11:20.

BUENO, Casso Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

_____. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. v. 2, p. 261.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. *In*: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda *et al.* (Coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2013.

CARVALHO, Fabiano. Comentários ao artigo 537. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronald (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARVALHO, Luiz Camargo Pinto de. Saisine e Astreinte. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 95, 2004.

CASTRO NEVES, José Roberto. O enriquecimento sem causa como fonte das obrigações. **Revista dos Tribunais**, v. 843, p. 97-112, jan. 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 349.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

COLLEY Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russel, 2002. p. 359-356.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Constitucionalização do novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie [*et al.*] (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Coelho; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, parágrafo 1º, CPC. *In*: TALAMINI, Eduardo [et al.]. (Coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 241.

DOUGLAS, William; RESINENTI, Marcus Fábio Segurasse. As astreintes no sistema processual brasileiro como ferramenta de resgate da dignidade da Justiça e recuperação da credibilidade do Poder Judiciário Brasileiro. **Blog Flávio Citro**, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.flaviocitro.com.br/v1/index.php/2012/02/16/as-astreintes-no-sistema-processual-brasileiro-como-ferramenta-de-resgate-da-dignidade-da-justica-e-recuperacao-da-credibilidade-do-poder-judiciario-brasileiro/. Acesso em: 31 jan. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP).

GARCIA, Jaime Cárdenas. **Interpretación Constitucional**. México: Editorial Porrúa, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução História ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HARTMAN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. *In*: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LANDA, Cesar. *Teorías de la interpretación Constitucional*. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **Interpretación constitucional**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005. t. 2.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Disponível em: https://www.academia.edu/23142392/KARL_LARENZ_METODOLOGIA_A_DA_CIENCIA_DO_DIREITO_3_a_edição_Tradução_de_José_Lamego?auto=downloadhttps://www.academia.edu/23142392/KARL_LARENZ_METODOLOGIA_A_DA_CIENCIA_DO_DIREITO_3_a_edição_Tradução_de_José_Lamego?auto=download. Acesso em: 31 jan. 2021.

_____. **Derecho Justo**: fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

LIEBMAN, Enrico. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook, 2003.

LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. **Revista de Processo**, v. 274, p. 79-97, dez. 2017.

LOPES, Karina Nathércia Sousa. **Princípio da Proporcionalidade**: questionamentos sobre sua consistência e riscos do uso retórico do Supremo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MATOS, Sérgio. Comentários ao artigo 805. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**: teoria geral, princípios fundamentais, procedimento no processo civil brasileiro. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Ordenamento Jurídico, Constituição e norma fundamental. *In*: MENDES, G. F. (Coord.). **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 06-12.

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JR., Nelson. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 932-933.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **O código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *In*: TALAMINI, Eduardo [et al.] (Coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm: 2018.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte das obrigações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 843, p. 97-112, jan. 2006.

NUNES, Antônio de Pádua. Da cominação de multa diária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 46, n. 256, p. 25, fev. 1957.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. As astreintes: limites e possibilidades de aplicação e liquidação. **Revista Eletrônica SaraivaJur**, 24 mar. 2011. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/abc-do-cdc/129329/as-astreintes-no-direito-do-consumidor-limites-e-possibilidades-de-aplicacao-e-liquidacao>. Acesso em: 10 dez. 2020.

OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Poder geral de Coerção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da Teoria Processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. ed. esp. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 4.

PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. **Teoria dos princípios e Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreite) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los principios generales del derecho: ¿um mito jurídico?*, **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 98, out./dec. 1997.

PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das astreintes. **Revista jurídica**, Porto Alegre, n. 328, fev. 2005, p. 76.

PISANI, Andrea Proto. **Lezini di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994.

PRATA, Edson. **Direito processual civil**. Uberaba: Editora Vitória, 1980.

PUGLIESE, Marcio. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro [et al.] (Org.). Homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RIZZO, Guilherme Amaral. Comentários ao artigo 537. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ROYO, Javier Péres. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons: 2007.

SANCHÍS, Luís Prieto. **In Leys, Principios e Derecho**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, p. 607-630, jan./jun. 2003.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e a via geral do art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 173-181, jan./mar. 2000.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp. *In*: TALAMINI, Eduardo [et al.] (Coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm: 2018.

THEODORO JR., Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2017.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 09-33, jan./mar.2002.

VILLEY, Michel. **Philosophie du Droit**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1978. v. 1 e 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 142, p. 15-16, dez. 2006.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 19-51.

YARSHELL, Flávio Luiz. Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

YOKOHAMA, Alessandro Otavio. **Teoria da proporcionalidade**: o judiciário como legislador. Curitiba: Juruá, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.