

A torpeza do credor diante da multa do artigo 461 do CPC

Daniel Bürkle Ward

*Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-graduando em Direito Processual Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC*

RESUMO

O presente trabalho trata do tema “a torpeza do credor diante da multa do artigo 461 do CPC”. Pretende-se, a partir da análise das novas técnicas para cumprimento de decisões sincréticas, introduzidas com a reforma legislativa do Código de Processo Civil (CPC), bem como à luz dos princípios processuais aplicáveis ao tema em estudo, relatar, discutir e apresentar os principais aspectos práticos e teóricos que envolvem a problemática proposta, diante da percepção empírica que a atual estrutura das modalidades executivas tem como efeito colateral a indução ao credor a assumir posições processuais conflitantes com a boa-fé. A cominação de astreintes não dever servir como um atalho à efetividade dos provimentos judiciais. Na redação deste artigo, utiliza-se metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e apresentação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema, análise das respectivas previsões e inovações legislativas, bem como apontamento e identificação da atual jurisprudência sobre o tema, partindo-se do pressuposto de que há, hodiernamente, uma utilização distorcida das técnicas executivas, notadamente de execução indireta por coerção, situação que acaba corrompendo a natureza do instituto originariamente concebido pelo legislador. A tutela constitucional à celeridade e efetividade dos pronunciamentos judiciais ainda é incipiente. Portanto, demanda dos operadores do direito aparar algumas arestas do uso distorcido das previsões normativas infraconstitucionais. “A torpeza do credor diante da multa do artigo 461 do CPC” tenta demonstrar que, ao contrário do afirmado pelo senso comum, nem toda dilação indevida do processo, atentado à celeridade processual ou comprometimento da efetividade da decisão judicial tem como causa atitude do réu. Todos os atores processuais têm parcela de importância na formatação desse cenário.

Palavras-chave: Técnicas executivas. Princípios processuais. Multa. Equalização.

ABSTRACT

This paper intends to discuss “the turpitude of the creditor when dealing with the fine of the article 461 of the Brazilian Code of Civil Procedure”. From the analysis of new techniques for the compliance of judicial decisions, introduced with the legislative reform of the Code, as well as of the procedural principles applicable to the subject, our purpose is to discuss and present main theoretical and practical aspects of this problem, also considering that the current structure of the executive measures leads the creditor to a position that usually conflicts with the good faith, that should always be a direction guide in the relationship between the parties. The imposition of astreintes should not become a kind of shortcut to the effectiveness of the judicial assignments. During the study, the methodology of bibliographical research consisted mostly in reading, categorizing and presenting the theories developed by the main authors that deal with this question, as well as the predictions and legislative innovations. The jurisprudence on the subject has also been studied and analyzed, having as start point the fact that the executive techniques are being distorted, particularly in the indirect execution by coercion, having as a result the corruption of the institute's purpose, originally intended by the legislature. The constitutional protection to the speed and effectiveness of judicial decisions is still incipient. Therefore, the Law operators must be careful about the distorted application of non-constitutional legal predictions. “The turpitude of the creditor when dealing with the fine of the article 461 of the Brazilian Code of Civil Procedure” has the main purpose to demonstrate that, besides what is realized by common sense, not all undue delay of the procedure or compromise of the effectiveness of the procedure is caused by the defendant. All the actors of the procedure are important and responsible for this scenario.

Keywords: Executive techniques. Procedural principles. Fine. Equalization.

Introdução

No presente estudo falaremos sobre a problemática do abuso de poder processual do exequente diante das possibilidades que lhe são conferidas pela redação do artigo 461 do Código de Processo Civil (CPC). Mais especificamente, sobre a torpeza do credor diante da decisão judicial que impõe multa ao devedor para induzi-lo ao cumprimento de uma obrigação de fazer. O trabalho foi orientado pela pesquisa e interpretação das inovações legislativas, bem como suas consequências sobre a prática forense e respectiva jurisprudência. A orientar e sinalizar caminhos à equalização do problema em foco, trouxemos o estudo dos princípios processuais afetos a matéria.

Dessa forma, iniciamos nosso estudo abordando as técnicas processuais de cumprimento das decisões judiciais sincréticas. A nova classificação da natureza das sentenças é apresentada, na qual preferimos a orientação doutrinária por reunir as decisões mandamentais e executivas em uma só espécie – sentença condenatória. Analisamos a evolução legislativa que cominou nessa fusão, com as reformas de 1994, 2002 e 2005. Após, apresentamos as técnicas de execução direta e indireta, para concluir este item demonstrando o vasto leque de opções de que dispõe o magistrado para efetivação dos julgados. E é exatamente em razão dessa vastidão de escolhas que se faz estritamente necessária a correta observância dos princípios processuais, que serão apresentados no item seguinte.

No item 2, lançamos mão da análise dos princípios processuais que nos parecem importantes no balizamento do problema em foco. Após a introdução do princípio da atipicidade dos meios executivos, são apresentados os princípios do devido processo legal, identificado como o maior e mais abrangente princípio processual; da menor onerosidade possível ao executado; da maior coincidência possível; da boa-fé e da cooperação.

Por fim, o último item traz “uma tentativa de equalizar a aplicação do artigo 461 do CPC”. São analisadas as consequências da não observação adequada dos princípios estudados no item anterior, com a distorção da concepção das medidas executivas diretas e indiretas. As deformidades percebidas na prática forense são trazidas ao estudo, na intenção de aproximar o problema aos fatos da vida, em que a presença da boa-fé subjetiva em um ambiente de conflito é etereamente notada, e facilmente corrompida.

1 O cumprimento de decisões sincréticas

As reformas do CPC prestigiaram, sobremaneira, as sentenças sincréticas, que são as decisões condenatórias em que o Juízo certifica o direito levado à sua apreciação e de plano já procede às diligências necessárias à sua efetivação. As sentenças mandamental e executiva aparecem como modelos desses processos multifuncionais.

Antes de analisá-las, porém, cumpre fazer uma breve digressão. Durante longo período, houve intensa divergência doutrinária sobre a classificação das sentenças. A classificação ternária relacionava as sentenças entre condenatória, constitutiva e declaratória. De outro lado, com forte influência da doutrina de Pontes de Miranda, havia a classificação quinária, que acrescentava às três modalidades acima outros dois tipos de sentença: mandamentais e executivas.

Com as mudanças do nosso Código Processual, notadamente após a edição da Lei Federal nº 11.232/05, essa discussão doutrinária perde sentido prático. Isso porque toda decisão que reconhece a existência de um dever de prestar – fazer, não fazer, dar coisa ou *pagar quantia* – passa a ter a possibilidade de ser efetivada no mesmo processo em que foi deferida. Acaba, assim, a dicotomia entre sentença condenatória, executável antes somente em autos próprios, e sentença mandamental, que demandaria apenas novo módulo processual.

As evoluções legais ocorreram na seguinte direção. Em 1994¹ é dada nova redação ao artigo 461 do CPC. Com efeito, as sentenças que reconheciam direito a uma prestação de *fazer ou não fazer* poderiam ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas; em 2002, o legislador cria o artigo 461-A², ampliando essa possibilidade também às sentenças que reconhecessem o direito a uma prestação de *entrega de coisa*. Por fim, em 2005, com o advento do art. 475-J³, a sentença *pecuniária* adentra o rol daquelas decisões efetiváveis no mesmo processo. Dessa forma, todas essas sentenças passam a ser designadas como condenatórias, que aparece aqui alterado em seu conceito histórico.⁴

Sendo assim, ainda nos parece útil a distinção entre as sentenças mandamentais e executivas se analisadas sob a ótica dos seus efeitos, com o módulo da execução podendo ocorrer com ou sem a participação do executado: técnicas de execução indireta e direta.

A execução direta, por sub-rogação, é aquela em que é materialmente possível a substituição de ato de vontade do devedor pela conduta do Estado-juiz; na execução indireta isso não é possível. Com efeito, cabe ao magistrado demonstrar ao executado que o cumprimento daquela obrigação que lhe foi imposta é mais vantajoso do que a hipótese de quedar-se inerte. Há indução na vontade do devedor a compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial.

As sentenças que determinam um fazer, não fazer ou entrega de coisa podem ser mandamentais ou executivas, conforme demande o direito tutelado. Embora haja exceções⁵, via de regra as sen-

¹ Alteração dada pela Lei Federal nº 8.952/94.

² Incluído pela Lei Federal nº 10.444/02.

³ Incluído pela Lei nº 11.232/05.

⁴ Sobre o assunto, discorreu Didier Junior, Braga e Oliveira (2008, p. 235): “o conceito de sentença condenatória é jurídico-positivo, e não lógico-jurídico: depende, pois, do exame do direito positivo. Se antes a execução ex intervalo era a regra, agora a regra é a execução sine intervalo. Muda-se a técnica de execução, mas permanece sempre a mesma realidade: somente sentenças de prestação dão ensejo à atividade executiva. Como não há mais distinção da técnica executiva, todas podem, sem problema, ser chamadas de condenatórias”.

⁵ Como exemplo de decisão mandamental, a condenação ao pagamento de alimentos sob pena de prisão civil.

tenças que determinam uma obrigação pecuniária são executivas, com a apropriação do patrimônio do executado.

Considerando a limitação espacial e temática do presente estudo, deixaremos de analisar as sentenças constitutivas e declaratórias. Nada obstante, vale registrar que para as primeiras, que certificam e efetivam direito potestativo, não se faz necessária fase executiva⁶. As segundas, meramente declaratórias, apenas cuidam da certificação da existência de uma situação jurídica.⁷

1.1 A evolução das técnicas de execução direta e indireta

Como introdução à análise das técnicas de execução direta e indireta, cumpre confirmar a distinção entre ambas.

Na execução direta, o juiz prescinde da colaboração do executado para efetivação da prestação devida, promovendo a substituição de sua conduta pela conduta de um terceiro ou do próprio magistrado.

Já na execução indireta, não há a substituição da conduta do devedor. Nesse diapasão, as técnicas de execução indireta demandam do juízo do feito uma atuação um tanto mais criativa. As possibilidades são várias, uma vez que o objetivo é contar com a colaboração do executado para efetivação da tutela judicial adequada e efetiva. Hodiernamente, os meios coercitivos indiretos vêm sendo mais prestigiados pelos magistrados, porquanto, via de regra, mais eficazes e menos dispendiosos para o Estado. Sobre os excessos na utilização dessas medidas, contudo, falaremos no último item deste estudo.

Historicamente, as técnicas de execução direta, por sub-rogação, tiveram precedência sobre as coercitivas.⁸ Ao contrário da percepção que se tem no processo civil atual, as medidas coercitivas, em razão de atuarem diretamente sobre a vontade do devedor, seriam mais gravosas. Vale explicar a razão disso.

No fim do século XIX até a primeira metade do século XX, a técnica jurídica sofria forte influência dos conceitos do Estado liberal, no sentido de que não se poderia obrigar ninguém a fazer o que não fosse de sua livre vontade⁹ e de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro.

⁶ O direito potestativo é consolidado na esfera jurídica, prescinde da esfera dos fatos.

⁷ Vale lembrar a lição sobre a diferença entre sentença constitutiva e declaratória: esta apenas reconhece, enquanto aquela inova uma relação jurídica.

⁸ Pode-se citar como expoente histórico dessa predileção o Código Napoleônico.

⁹ *Nemo praecise potest cogi ad factum*, brocardo sobre essa intangibilidade da vontade humana.

À época, não se poderia conceber que um juiz detivesse o poder de ordenar alguém a fazer algo sob pena de coerção. Nesse cenário, a resolução em perdas e danos seria a única consequência possível para o descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Isso, por evidente, privilegiava o descumprimento contratual e, por via de consequência, a parte mais rica da relação, que poderia pagar em espécie o seu inadimplemento, ainda que não fosse essa a solução pretendida pelo credor da obrigação original.

No Brasil, as mudanças começam com a edição do Decreto-Lei 58/37, instituindo o direito real de aquisição, com a prerrogativa dada ao adquirente de adjudicação compulsória, deixando para trás a resolução em perdas e danos, até ali a regra para o inadimplemento.

Desde então, mais transformações em leis extravagantes na orientação de viabilizar maior efetividade dos provimentos judiciais mediante o manejo de técnicas de execução não previstas no código processual. As opções executivas passam a ser ofertadas ao Estado-juiz de uma forma cada vez mais aberta.

Pode ser destacado, a título de ilustração, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰, passando a prever a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.¹¹ Logo após, o Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹², prevendo a tutela específica em diversos dos seus artigos.¹³

Até então, os meios executivos disciplinados em lei compunham, no seu conjunto, o que era caracterizado como um sistema típico de tutela executiva. O legislador brasileiro tipificava os meios executivos de que o juiz poderia se valer para prestar a tutela executiva. Com isso, não deixava margem de opção quanto ao meio executivo mais adequado ao caso concreto.

Esse limitador do sistema típico de tutela do nosso código processual começa a desaparecer em 1994, com a reforma legislativa do CPC¹⁴, inserindo a possibilidade das tutelas específicas. O processo autônomo para execução de uma sentença que impusesse uma obrigação de fazer ou não fazer é extinto.

¹⁰ Lei Federal nº 8.069/90.

¹¹ Art. 213 do ECA: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento."

¹² Lei Federal nº 8.078/90.

¹³ Em valorosa lição, Marinoni (2007b) identifica no art. 84 do CDC, que inaugura no direito brasileiro a possibilidade de o juiz conceder em sede de execução 'resultado prático equivalente', uma exceção ao princípio da congruência entre a sentença e o pedido.

¹⁴ Lei Federal nº 8.952/94, que alterou mais de cem artigos do CPC.

Importante notar a mudança do enfoque – com o sistema implementado na reforma, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer somente não seria concedida se verificada sua impossibilidade material ou se o credor não o quisesse, preferindo o ressarcimento pecuniário. Inverte-se, pois, o quadro. A opção passa a ser do credor, não mais do devedor.

Em 2002¹⁵, com a criação do artigo 461-A, o mesmo regramento se estende às obrigações para entrega de coisa.

Mais recentemente, com edição da Lei Federal nº 11.232/05, a sistemática do processo sincrético passa a incluir as sentenças destinadas à execução de obrigação pecuniária. É o fim da necessidade de procedimento autônomo para essas cobranças, ressalvadas as exceções do artigo 475-N.¹⁶

1.2 As técnicas de execução propriamente ditas

As técnicas de execução têm previsão em diversas passagens do CPC. Além disso, a redação de cláusulas gerais¹⁷, que induzem à atividade criativa da prestação jurisdicional, uma vez que configuram normas flexíveis que permitem atender às especiais circunstâncias do caso concreto, nos permite antecipar uma certeza: não esgotaremos aqui a análise das técnicas executivas. Faremos, entretanto, abordagem de algumas das possibilidades positivadas, sem prejuízo da lembrança da existência de tantas outras decorrentes de cláusulas gerais executivas em nosso código processual.

Em introdução ao tema, a lição de Bobbio (1950 *apud* MARINONI, 2007a) nos parece de bastante valia. O autor identifica duas técnicas possíveis a serem utilizadas pelo juiz da execução: a de desencorajamento, ou repressiva, e a de incentivo, ou promocional. Nessa configuração, o modelo repressivo busca tornar a ação não desejada impossível, difícil ou desvantajosa. Por outro lado, o modelo promocional induz a que a ação desejada seja necessária, fácil e vantajosa.

Com efeito, tornar a ação impossível ou necessária corresponderia a uma condição material de “não poder”, o que representa uma execução direta, que desafia medida de sub-

¹⁵ Alteração dada pela Lei Federal nº 10.444/02.

¹⁶ Conforme redação do art. 475-N, parágrafo único, ainda são autônomos os processos de execução da sentença penal condenatória, da sentença arbitral, da sentença estrangeira e do acórdão que julgar procedente revisão criminal.

¹⁷ Como cláusula geral processual executiva, notadamente o artigo 461, § 5º, do CPC. Além dela, ainda discorreremos nesse estudo sobre o poder geral de cautela (artigo 798 do CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (artigo 620 do CPC) e a cláusula geral da boa-fé processual (artigo 14, II, CPC).

rogação. Como exemplo dessa técnica constante em nosso ordenamento, a busca e apreensão de coisas.

A atuação do Estado por meios psíquicos do devedor aparece como técnica para tornar a ação difícil ou desvantajosa, quando não desejada; fácil ou vantajosa, se desejada. São, pois, as medidas indiretas de execução. Temos como exemplo de medida desvantajosa a previsão de uma punição, como a prisão civil e a cominação de multa¹⁸. Como exemplos de medida facilitadora, o direito potestativo ao parcelamento de dívida¹⁹ e o abatimento de custas processuais e honorários advocatícios para a hipótese de cumprimento voluntário²⁰ da obrigação pecuniária.

Um ponto aqui merece destaque. A execução indireta não está restrita à execução das obrigações infungíveis. O que deve nortear a técnica a ser adotada é a identificação daquilo mais adequado para efetivação do direito – fungível ou infungível.²¹

Por evidente, em se tratando de obrigação infungível, a respectiva tutela executiva deverá ser coercitiva, uma vez que é impossível a substituição da vontade do devedor pelo juiz. Nada obstante, sendo a obrigação fungível, não necessariamente a tutela executiva deve ser através de medida sub-rogatória. Em que pese ser sempre possível o uso dessa medida nas hipóteses de obrigação fungível, não é correto generalizar que seja sempre a melhor opção, em detrimento do uso das medidas coercitivas.

O próprio artigo 475-J, regulando a execução de obrigação pecuniária, prevê a incidência de multa acaso o adimplemento da obrigação não ocorra no prazo quinzenal dado pelo artigo. A função dessa técnica é justamente compelir o devedor a promover o pagamento. Possui, portanto, nítido caráter coercitivo indireto.

Hodiernamente, verifica-se forte tendência na prática forense de preferência por medidas coercitivas. A técnica é utilizada na perseguição da efetividade da prestação jurisdicional. E isso, claro, é elogiável. Ocorre que se faz necessário observar o princípio da necessidade no caso concreto, que deverá balizar a identificação da “justa medida” (LARENZ, 1997, p. 298). O alcance dessa proporcionalidade muitas vezes se mostra, empiricamente, um caminho dificultoso.

¹⁸ Cabe destacar que o artigo 461 do CPC aparece como principal fundamento da tutela inibitória individual.

¹⁹ Artigo 745-A do CPC.

²⁰ Artigo 1.102-C, § 1º, do CPC.

²¹ Vale a lembrança: obrigação fungível é aquela em que outra pessoa pode dar-lhe cumprimento sem prejuízo ao credor (artigo 249 do Código Civil), enquanto obrigação infungível é aquela que obrigatoriamente só pode ser prestada pelo próprio devedor. Essa infungibilidade pode dar-se por natureza ou convenção.

Há medidas coercitivas, notadamente na hipótese da cominação da multa do artigo 461, em que uma situação deveras peculiar se apresenta ao credor: o inadimplemento da obrigação lhe é mais vantajoso do que o cumprimento da prestação pelo devedor. Nesse ponto, resta evidente que foi corrompido o equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos. Nesse diapasão, deveria incumbir também ao credor requerer a ordem que imponha a consequência menos gravosa ao executado, a fim de que seja preservada a ideia de “justa medida”, que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça. Assim, estaria resguardado o princípio da boa-fé processual.

Nada obstante, vale lembrar que estamos analisando um universo de litígio entre *ex adversos*. A boa-fé subjetiva, como fato da vida²², enquanto estado de consciência, etereamente se faz presente nesse foro. O equilíbrio dessa relação, que importa na estreita observação do devido processo legal – por conseguinte, ético e leal –, é o objeto de maior interesse do presente estudo.

2 Princípios processuais balizadores das técnicas executivas

A doutrina e a jurisprudência atuais são uníssonas ao asseverar que o estudo do processo civil deve ser feito à luz dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 incluiu, no rol de direitos e garantias fundamentais, uma série de dispositivos de natureza processual.

Tendo em vista esse panorama, no presente item falaremos sobre princípios, tendo como pano de fundo o correto balizamento das técnicas coercitivas, em particular na tentativa de equalizar a aplicação do artigo 461 do CPC. Nesse diapasão, tentaremos examinar os princípios que nos parecem estreitamente relacionados às possíveis soluções ao problema em foco.

2.1 Princípio da atipicidade dos meios executivos

Iniciaremos o estudo relacionando um princípio recentemente introduzido em nosso ordenamento processual, mas que conduziu as técnicas de execução a profundas mudanças: o princípio da atipicidade dos meios executivos, já anteriormente mencionado quando da análise das técnicas executivas.

Historicamente, sob a influência da acepção de um Estado liberal, prevalecia a ideia de que o magistrado só poderia proceder

²² Diferentemente da boa-fé objetiva, com previsão constitucional e infraconstitucional, e por isso, enquanto princípio- regra, se impõe às partes, conforme veremos no item a seguir.

à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Após as mudanças legislativas no código processual pátrio, com expressa previsão que garante a atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa que não dinheiro²³, o que existe atualmente é uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, em uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao magistrado valer-se dos meios executivos que reputar mais adequados ao caso concreto, aplicando, sempre, o princípio da proporcionalidade.

Além disso, uma vez que não se pode conceber um poder sem que exista o controle do mesmo, vale lembrar que sempre haverá a possibilidade de controle da decisão judicial pelas partes, tendo em vista que toda decisão deve ser motivada, na forma do artigo 93, IX, da Constituição Federal.²⁴ O juiz, na determinação da medida que entender mais idônea, deve sempre justificar a sua escolha, que, inevitavelmente, estará sujeita ao controle crítico das partes.

Considerando a existência de um direito fundamental à tutela executiva, não há por que prestigiar apenas determinada técnica executiva, sub-rogatória ou de coerção. Não existe uma ordem de prioridade preestabelecida. Empiricamente é que se deve decidir pelo meio de maior idoneidade.

Cumpre registrar lição de Marinoni (2007b), no sentido de que o juiz não pode ficar subordinado somente ao que está expressamente previsto em lei. Para o autor, “se fosse aceitável a tese de que a tarefa do juiz está subordinada à expressa previsão de meio executivo, a legislação processual poderia negar-lhe as ferramentas necessárias para o cumprimento do seu dever e para o respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (MARINONI, 2007b, p. 41).

2.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal pode ser identificado como o mais importante dos princípios do processo, pois dele decorrem os demais princípios fundamentais processuais.²⁵

²³ Vale novamente lembrar o artigo 461, § 5º, do CPC, que consagra o mencionado poder geral de efetivação.

²⁴ Constituição Federal, artigo 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

²⁵ O devido processo legal tem, segundo Didier Junior (2007), característica de cláusula geral, uma vez que apresenta uma diretriz indeterminada, que não traz expressamente uma solução jurídica (consequência). A norma é aberta. Não estabe-

A aplicação desse princípio nas relações jurídicas particulares²⁶, que é o que nos interessa neste estudo, é hipótese pacificamente sedimentada em nossa doutrina e jurisprudência.

Como introdução, vale a divisão de suas duas esferas. O devido processo legal em sentido formal está ligado ao direito de ser processado e a processar de acordo com as normas previamente estabelecidas. Já o devido processo legal em sentido material vai além: as decisões jurídicas devem ser substancialmente devidas, razoáveis e corretas. Não basta a regularidade formal.

Decorre daí o princípio da proporcionalidade²⁷, que orienta a aplicação da justiça do caso concreto. Sua utilização repousa na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que estão presentes em uma mesma relação jurídica.

Como subprincípios hermenêuticos para a ponderação dos interesses, podemos relacionar o princípio da menor restrição possível, da salvaguarda do núcleo essencial, da necessidade ou do meio mais benigno e da pertinência.

Em visão resumida, esses subprincípios preconizam que se deve averiguar se a medida empregada representa o meio idôneo para o fim pretendido, adequando-se o meio ao fim almejado. Essa busca é uma das etapas fundamentais na aplicação do princípio da proporcionalidade – e também no auxílio à problemática exposta neste estudo.

2.3 Princípio da menor onerosidade possível ao executado

O princípio da menor onerosidade possível ao executado prevê que, se a execução puder ser efetivada por mais de uma maneira, a escolha idônea é aquela que for a menos onerosa ao devedor. Esse princípio está consagrado no artigo 620 do CPC.²⁸ Vale aqui sublinhar um ponto: o princípio não determina que a execução não possa ser gravosa ao devedor, o que é inerente à natureza do instituto.

lece *a priori* o significado do termo (pressuposto), tampouco as consequências jurídicas da norma. Presta, portanto, para “estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas” (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 52).

²⁶ No que a doutrina denomina eficácia horizontal de direito fundamental.

²⁷ Segundo lição de Bonavides (2001, p. 48), há princípios mais fáceis de compreender do que definir, como o princípio da proporcionalidade.

²⁸ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

De outra forma, o que preleciona vai ao sentido de que, havendo um meio efetivo e adequado para se promover a execução, e esse meio for muito gravoso, ele terá de ser posto em prática. Isso não é o mesmo que afirmar que a execução deva se dar da forma que melhor aproveite ao executado, percepção comum no estudo do princípio, mas equivocada. Por isso, mais uma vez, deve valer o princípio da proporcionalidade a orientar a aplicação prática desse dispositivo.

2.4 Princípio da maior coincidência possível

A diretriz trazida pelo princípio da maior coincidência possível vai no sentido de que o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não pudesse ter prescindido da tutela jurisdicional para tanto.

O processo de execução deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado coincidente com o direito material. É o que se identifica, hodiernamente, na primazia da tutela específica. Conforme vimos no capítulo antecedente, as últimas reformas processuais deram muita importância a esse princípio, não satisfatoriamente observado no antigo regramento da efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, quase sempre, a conversão da obrigação em perdas e danos.

2.5 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé determina que os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta – a boa-fé objetiva, conforme definição já introduzida no item anterior. Esse é o princípio da boa-fé processual, que, além da tutela constitucional implícita²⁹, em previsão infraconstitucional pode ser entendido da leitura do texto do inciso II do artigo 14 do CPC.³⁰

São inúmeras as situações que podem surgir ao longo do processo, o que justifica a técnica adotada pelo legislador da cláusula geral da boa-fé. Seria materialmente impossível a enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.

Importante destacar que não existe princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do artigo 14 do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que

²⁹ Adiante, analisaremos o tema com maior profundidade

³⁰ “ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé” .

impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

Aqui, vale destacar que a norma orienta todos que participam do processo – não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. Essa assertiva decorre de um truísmo – o Estado deve agir de acordo com a boa-fé, de maneira leal e com proteção à confiança. Com efeito, uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, que será visto adiante em item próprio.

Podem ser relacionados quatro casos de aplicação da boa-fé ao processo: proibição de consubstanciar dolosamente posições processuais³¹ – proibição de má-fé processual subjetiva; a proibição de *venire contra factum proprium*; a proibição de abuso de poderes processuais; e a *supressio* – a perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.

Conforme acima relacionado, o princípio de atuação de acordo com a boa-fé é fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito processual”. Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé, sem boa-fé subjetiva. Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Existe, dessa forma, correlação entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Contudo, cabe a reiteração: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé.

Conforme já antecipado, o princípio da boa-fé objetiva tem fundamento constitucional implícito, podendo ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

Entre aqueles que podem ser correlacionados, o inciso I do artigo 3º da Constituição Federal, dispondo que é objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre,

³¹ Aqui, podemos citar os artigos 233 e 133, I, ambos do CPC (respectivamente: o requerimento doloso da citação por edital e a atuação dolosa do órgão jurisdicional). Também, em algumas hipóteses de litigância de má-fé que exigem a presença do “elemento subjetivo”, como os incisos I, II, III e IV do artigo 17 do CPC.

justa e solidária. Com efeito, identificável como um dever fundamental de solidariedade, do qual decorre o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesse diapasão, a cláusula geral de boa-fé também está presente, no art. 1º, III, da Constituição federal, enquanto concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

Por fim, inegável que o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias – o processo devido.³² Essa é a fundamentação também encontrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF): a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé.³³

Resta evidenciada, portanto, a existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Não se pode conceber como justo um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos.

2.6 Princípio da cooperação

O princípio da cooperação traz consigo uma mudança no modelo clássico que coloca o Estado-juiz em posição de espectador, de um mero agente fiscalizador de regras.³⁴

Conforme esse princípio, o magistrado deve tomar uma posição de agente-colaborador, de participante ativo no contraditório e no socorro à efetividade da prestação jurisdicional. O juiz tem o dever de apontar as deficiências nas postulações das partes. É o chamado dever de prevenção, cumprindo também ao magistrado o alerta quanto ao uso inadequado do processo.

Nesse raciocínio, acaso seja possível ao Estado-juiz identificar que determinada medida executória pleiteada pelo credor se configura inadequada, porque demasiadamente onerosa ao executa-

³² Nessa linha de raciocínio, Joan Pico I Junoy cunhou a expressão o devido processo leal, conforme relata Didier Junior (2007).

³³ STF, 2ª T., AI n. 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.10.2006, publicado no DJ de 11.12.2006.

³⁴ Sobre o tema, já se manifestou o STF: “Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça”. STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.2.2006, publicado no DJ de 30.6.2006.

do, o princípio da cooperação determina que o magistrado direcione a tutela pretendida de modo a evitar eventual ilícito, que se configuraria com o abuso de direito do exequente.

Sobre a responsabilidade do exequente, cumpre acrescentar que a execução corre sob a responsabilidade objetiva dele, que deverá indenizar o executado se, eventualmente, ficar demonstrada a injustiça da execução.³⁵

3 Uma tentativa de equalizar a aplicação do artigo 461

Chegamos ao último item do nosso estudo. Vimos as técnicas executivas que modernamente orientam o cumprimento das decisões sincréticas, com particular atenção às medidas de execução direta e de execução indireta.

Após, apresentamos os princípios que podem nos socorrer diante do problema em foco neste trabalho – o conflito entre a efetividade da execução diante dos direitos fundamentais, notadamente do devedor, a um devido processo proporcional, orientado pela boa-fé e cooperação entre as partes.

Conforme observaremos, esse conflito vem sendo tensionado por conta do abuso de direito decorrente da inobservância das orientações dos princípios estudados aqui, por parte de todos os atores do processo, carreando, em última análise, na torpeza do credor no manejo do artigo 461.

Dessa forma, tentaremos neste item que se inicia demonstrar a problemática que vem sendo enfrentada na prática forense para a correta equalização do artigo 461, em especial na utilização das astreintes previstas em seus parágrafos quarto e quinto, bem como analisar as possibilidades de minimização dessa problemática.

Começaremos abordando pontos sobre os quais ainda residem algumas controvérsias.

3.1 Sobre a periodicidade das astreintes do artigo 461

A lei autoriza expressamente que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.³⁶ Justifica-se essa previsão em virtude do constante controle quanto à adequação e exigibilidade que o juiz deve exercer sobre a multa imposta. Com isso, a multa sempre guardará relação com a situação fática. Tal se dá, conforme

³⁵ Conforme dicção do artigo 574 do CPC: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.”

³⁶ Artigo 461, § 6º do CPC.

veremos de forma mais detalhada adiante, porque a multa tem natureza coercitiva e não punitiva.

Assim, sem que haja violação ao princípio da correlação ou congruência³⁷, o juiz poderá aumentar o valor e a periodicidade da multa se verificar que se tornaram insuficientes diante da persistência do réu em descumprir o comando judicial, ou então reduzi-los, se verificar que se tornaram excessivos ou, até mesmo, revogar a multa. Tudo isso em busca da eficácia da medida coercitiva escolhida.

Pelos mesmos motivos, é possível também que a multa diária não seja diária, apesar do *nomem iuris* dado pelo legislador. O juiz poderá adotar outra unidade de tempo, mensal, semanal, e até mesmo horária, para os casos de atendimento emergencial, conforme o que se revele mais adequado às exigências do caso concreto, sempre na orientação de um juízo de ponderação.

Há, ainda, possibilidade de o magistrado alterar a contabilização originalmente estipulada para a multa. Entretanto, a doutrina consente que só haverá modificação, seja para diminuição, seja para elevação do valor ou periodicidade da multa, se ocorrer mudança no quadro fático, já que é preciso que a medida coercitiva adotada esteja em constante sintonia com o caso concreto para se caracterizar realmente capaz de exercer pressão psicológica no demandado, induzindo-o a cumprir o seu dever o quanto antes.

3.2 Sobre a possibilidade de alteração dos valores já cominados em astreintes

Divergência apontada pela doutrina diz respeito à possibilidade de o juiz reduzir ou aumentar retroativamente o valor da multa.

A primeira corrente, defendida pelo processualista Câmara (2007, p. 75), afirma que o juiz não pode aumentar nem reduzir o valor da multa retroativamente. Não pode reduzir retroativamente porque o valor já estava incorporado ao patrimônio do credor e não pode aumentar retroativamente pelo princípio da não surpresa. Daí conclui que a multa só pode ser revista *ex nunc*.

Uma segunda corrente diz ser possível a redução retroativa, mas não o aumento retroativo. Esse aumento retroativo criaria uma situação de surpresa ao devedor.

Há sedimentada jurisprudência admitindo a redução retroativa da multa em atenção aos princípios da razoabilidade,

³⁷ Conforme redação dos artigos 128 e 460 do CPC.

proporcionalidade e vedação ao enriquecimento sem causa. A título de ilustração, e a confirmar essa assertiva, observemos julgado proferido em sede de apelação, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, foro de nossa atuação.³⁸

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. FGTS. MULTA DIÁRIA POR ATRASO NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CABIMENTO. ART. 461, §4º, DO CPC. REDUÇÃO DO VALOR INICIALMENTE FIXADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. I – Consoante já consagrado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de obrigação de fazer, como ocorre no caso dos autos, que versa sobre aplicação de índices de correção monetária expurgados pelos diversos planos governamentais de combate à inflação aos saldos das contas vinculadas ao FGTS, a imposição da multa (astreintes) prevista no §4º do art. 461 do CPC em caso de demora no cumprimento do julgado se apresenta como uma das medidas que o juiz pode aplicar no curso dos atos de imposição dos resultados impostos pela sentença. II – Em caso de se considerar desproporcional o valor da multa fixado, a sua redução encontra respaldo legal no §6º do art. 461 do CPC, segundo o qual: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.[...]”

O STJ, atento às possíveis decisões desproporcionais, admite inclusive a apreciação da matéria em sede de Recurso Especial: “A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, em recurso especial, só é admitida a revisão do valor da multa cominatória na hipótese em que ele tenha sido fixado em valor irrisório ou abusivo”.³⁹

3.3 “O campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação infungível”

Como foi visto em item precedente, muito embora o CPC não faça qualquer distinção entre obrigações fungíveis ou infungíveis para fins de aplicação de medidas coercitivas ou sub-rogatórias, por razões lógicas, em se tratando de obrigações infungíveis, ou seja, quando só podem ser cumpridas pelo próprio devedor, só resta ao juiz utilizar-se das medidas coercitivas; em se tratando de obrigações fungíveis, o magistrado decidirá entre o uso de medidas coercitivas ou sub-rogatórias.

³⁸ Desembargador Marcelo Pereira, AP 436038. Julgada em 30/11/2009. DJU de 08/12/2009.

³⁹ Conforme decisão proferida por João Otavio de Noronha no EDcl no Ag 1089694/MG. Julgado em 2/6/2009. DJ de 15/6/2009.

Contudo, é importante lembrar a lição do ilustre mestre processualista Barbosa Moreira, que com muita sabedoria parecia antever o problema ora em análise. Assevera o autor: “O campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação infungível” (MOREIRA, 2002, p. 216).

Essa orientação, nos parece, deveria estar sempre a conduzir o juízo da execução uma vez identificada a inidoneidade da cominação de multa para a efetivação de obrigações que prescindem da participação do executado. Evitar-se-iam tantos outros desdobramentos indesejados ao processo, conforme veremos adiante – em que pese formalmente não existir uma ordem de prioridade preestabelecida, cumpre reiterar.

Isso é dito porque, na prestação fungível, é perfeitamente possível oferecer ao credor o resultado prático equivalente, sem que se dependa, para tanto, da colaboração do devedor. Nesse sentido, não há razão para exercer pressão sobre a vontade do obrigado para que ele mesmo cumpra a obrigação através de estipulação de multa coercitiva que pode vir a induzir enriquecimento sem causa do credor, sendo possível o cumprimento da obrigação por terceiro. Isso poderia dar azo a desdobramentos e dilações indevidas da prestação jurisdicional, tudo o que o legislador procurou evitar com as inovações normativas recentes.

Outro ponto importante. A multa é medida coercitiva, não tendo, portanto, natureza compensatória ou ressarcitória, nem de penalidade. Tal se infere do parágrafo 2º do artigo 461 do diploma processual civil segundo o qual “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

Nesse diapasão, é muito feliz Dinamarco (2004, p. 114) ao lecionar que “a cumulabilidade entre multa e perdas e danos é a consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente”.

A multa, pois, antes de sua cominação, impõe ao juiz exercício de ponderação sobre todos os seus eventuais desdobramentos. Significa dizer que não deve ser imposta, por exemplo, quando for impossível o cumprimento da tutela específica ou quando o devedor for insolvente. Nessas situações, a multa não se revelaria adequada. O mesmo se diga, por exemplo, em eventual fixação de multa diária para hipótese em que a obrigação só possa ser adimplida no mês seguinte, como ocorre nos casos de retificação de uma fatura mensal.

Sendo o processo instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo

com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.⁴⁰

Temos, portanto, exemplos em que a utilização da multa configuraria um uso desvirtuado, convertendo-a em mera punição ao devedor. O ordenamento só autoriza a utilização da multa para compelir o devedor a adimplir, e não para impor-lhe uma pena pelo inadimplemento.

3. 4 O balizamento da multa diante da recusa do devedor ao cumprimento de obrigação infungível

O enriquecimento sem causa do credor decorrente do extenso lapso temporal de incidência da multa por vezes decorre em virtude da seguinte problemática: o réu não cumpre a prestação; esta, por sua vez, é tida como infungível, não podendo ser cumprida por terceiros, com a utilização de técnicas sub-rogorárias. Nada obstante, o autor insiste em obter a tutela específica, o que é de seu direito legítimo, não optando pela conversão em perdas e danos.

Aqui, há verdadeira colisão de direitos fundamentais – o credor tem o direito fundamental a uma tutela efetiva, de maior coincidência possível. Não se admite o emprego da força e violência para obrigar alguém a executar algo que recusa. O devedor tem o direito fundamental a sua liberdade e integridade física. Ainda um fato: mesmo que possível, não se obteria dessa forma a execução fiel e perfeita do direito concedido, que é o que interessa na obrigação infungível.

Ocorre que a multa não poderá incidir indefinidamente. Com efeito, cabe ao juiz, verificando que ela não atingiu sua finalidade coercitiva, e que, portanto, é inadequada, cessar a sua incidência.

Além da cessação da multa, a solução seria a conversão em perdas e danos, reputando como caracterizada a impossibilidade da tutela específica, muito embora, em verdade, ela seja materialmente possível.

Criticando esse entendimento, Talamini (2003, p. 26) defende que a multa deve continuar a incidir mesmo diante da persistência do demandado em não cumprir o resultado específico, pois “não parece correto afirmar que a simples insistência do réu em descumprir baste para impor a cessação da incidência da multa”. Para o autor, fosse assim, seria forçoso reconhecer que a multa era inadequada desde o início, pois já existia a intenção em descumprir. A inadequação deve ser superveniente e não originária, afirma. As-

⁴⁰ Conforme consta do voto de Nilson Naves no Resp.700245/PE. Julgado em 4/8/2008. DJ de 18/8/2008, p. 259.

sim, não advindo qualquer outro fator externo, a multa deve continuar a incidir, posto que “fazê-la cessar significaria premiar a recalitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de enriquecimento sem causa gerada pela incidência ilimitada da multa” (TALAMINI, 2003, p. 34).

Por outro lado, a ratificar o primeiro entendimento, é importante consignar que, ao verificar que a multa imposta não é eficaz, o juiz não tem outra alternativa: deve fazer cessar a sua incidência e buscar outra medida de apoio eficiente. Repita-se: a multa tem caráter coercitivo, não serve para reparar o dano nem para punir o devedor inadimplente. Para tanto, o CPC prevê a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição do artigo 14, parágrafo único.⁴¹ Essa é a verdadeira punição por desobediência no âmbito processual civil.

3.5 A irrazoabilidade na aplicação de astreintes na execução das obrigações fungíveis e suas respectivas consequências práticas

Situação bastante distinta do cenário visto acima – de negativa de cumprimento pelo devedor de obrigação infungível, em que o credor pretende o atendimento da execução em seus termos originais – é aquela em que o credor *torce* para que a obrigação fungível originalmente determinada pelo Estado-juiz não seja adimplida pelo devedor.

Isso corre, via de regra, quando as astreintes são cominadas em parâmetros desproporcionais ao bem jurídico tutelado. Essa inobservância da razoabilidade pelo juiz da execução induz a uma situação de torpeza por parte do credor. Para ele, é muito mais vantajoso que o executado não logre cumprir correta e tempestivamente a obrigação que lhe foi imposta, porque é mais proveitosa economicamente a conversão da multa em seu favor.

Isso, por evidente, é uma total distorção do sistema. Aqui, vale a lembrança de que estamos diante de um ilícito: a boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé. Não

⁴¹ Dispõe o artigo 14 do CPC: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

se trata, portanto, da colisão de direitos fundamentais processuais vista no tópico anterior. Não há direito fundamental que tutele um abuso de posição processual.

Mais uma vez, vale constatar, como fato da vida, que o universo da lide é frequentado por adversários, oponentes, via de regra. Em razão disso, esse tipo de, com a devida *venia*, erro do Estado-juiz no balizamento da multa acaba por levar, indiretamente, ao comprometimento da boa-fé subjetiva. Por efeito reflexo, é colidente ao princípio (norma) da boa-fé objetiva e contrário à norma do artigo 14, II, do CPC. A cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé.

Na prática forense há uma infinidade de exemplos de desproporção no arbitramento de multa, notadamente em sede de juizados especiais. Diante da pressão constitucional por um processo célere, o magistrado acaba por estipular prazos inexequíveis, materialmente impossíveis de serem atendidos com tempestividade, hipótese em que de plano é possível identificar a irrazoabilidade do trinômio periodicidade da multa x valor estipulado x bem jurídico tutelado.

É a pressa que conduz ao atraso. O executado diante de tal perspectiva não tem outra solução senão a apresentação da respectiva impugnação. Em razão disso, dilações indevidas desafiadas não por ato do devedor, mas por decisão mal assentada pelo próprio Estado-juiz. Por vezes, sob a influência de requerimento do credor imbuído de má-fé, com abuso dos seus poderes processuais. Um ciclo vicioso que não interessa à concepção moderna para o módulo processual executivo.

Podemos lembrar, a título de exemplo, o caso de baixa do nome do credor em apontamento em cadastros restritivos. Em sede de Juizados, há diversos Enunciados de Turmas Recursais orientando pela cominação de multa diária até a respectiva baixa no apontamento. Ora, a multa tem apenas caráter coercitivo. Não é punitiva. Não é reparatória. Se o que se busca é a tutela jurisdicional célere e efetiva, a ordem da baixa poderia ser apresentada aos respectivos órgãos em ofício do Juízo. A obrigação é fungível.

Ainda a título de ilustração da problemática: a intimação do devedor ao pagamento de obrigação pecuniária sobre pena de multa, conforme comumente se vê na prática forense. Não falamos aqui da multa do artigo 475-J⁴², mas de própria astreinte. Ora, além

⁴² Redação do artigo 475-J do CPC: " Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação."

da multa de 10% do referido artigo, a penalidade possível pelo atraso na satisfação do crédito é a imposição ao executado do pagamento dos juros de mora. Nessa hipótese, a escolha de nova execução indireta, por coerção, em detrimento à execução direta, com expropriação do patrimônio do devedor, nos parece desarrazoada, pois pode resultar em punição em duplicidade ao devedor, bem como configurar uma execução que se prolongue *ad eternum*.

Ademais, vale dizer que não se vislumbra óbice ao reconhecimento de que a multa, desde sua cominação, apresentou-se inadequada. Não se pode olvidar de que o magistrado, quando da escolha da medida coercitiva, tem o auxílio de balizadores que não são critérios absolutos e precisos como um simples cálculo aritmético. Dessa forma, é crível que, em princípio, o juiz entenda que a fixação da multa se mostre eficaz e, posteriormente, verifique que não o é.

Assim, de nada adianta persistir no mesmo equívoco, pois isso resultaria apenas em criação de distorções processuais desassociadas ao direito tutelado, em cominações de valores exorbitantes. É muito mais razoável escolher outra medida de apoio. Isso não é prestígio à desídia do executado. Não se defende aqui a protelação indevida do processo. Ao contrário: uma vez identificado ato atentatório ao exercício da jurisdição, caberá ao Estado-juiz a imposição da multa do artigo 14, parágrafo único, do CPC. Penalidade de natureza distinta, contudo, do instituto das astreintes do artigo 461.

Conclusão

O estudo realizado procurou aproximar as consequências práticas das inovações legislativas processuais, em particular na seara da execução indireta coercitiva das obrigações de fazer. Para sermos ainda mais específicos: conforme identificado em nosso trabalho, a maior possibilidade de distorção reside nas hipóteses de cominação de multa na execução indireta coercitiva de obrigação fungível. Isso porque, segundo o que foi discorrido, nessa técnica executiva há uma vastidão de soluções para a efetivação do direito certificado com maior coincidência possível em sede de execução. Foi visto aqui que a imposição de multa, na contramão da atual utilização feita pela jurisprudência, na maioria das vezes representa medida desarrazoada.

Para chegarmos a essa assertiva, passamos pela análise dos princípios fundamentais do processo, para então demonstrarmos as implicâncias de sua inobservância na efetivação dos julgados.

Com efeito, podemos concluir que, em se tratando de execução de obrigação fungível, a providência mais célere e efetiva a ser

adotada pelo magistrado, em observância aos princípios processuais, deve ser aquela que prescindia de atitude do devedor, quando a observância empírica informar que o executado encontraria maiores dificuldades materiais para executá-la do que um terceiro, ou até mesmo que o próprio Estado-juiz, por execução direta.

Cominação de astreintes, portanto, somente para a situação inversa, na hipótese de ser a obrigação imposta realizável, não somente *apenas*, mas *com maior facilidade* pelo executado do que por qualquer outro agente.

Outro requisito que, caso fosse encampado pela jurisprudência, evitaria as dilações processuais analisadas no estudo, bem como a fragilização da boa-fé subjetiva processual: multa, apenas para a indução do devedor ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, com relevante repercussão econômica. Multa em obrigação de pagar, unicamente aquela prevista pelo artigo 475-J, instituto distinto das astreintes do artigo 461. Para o adimplemento das obrigações pecuniárias, portanto, deve prevalecer a execução direta por constrição patrimonial.

Com isso, restariam restringidas as hipóteses que levam o credor àquela percepção distorcida de que a melhor das soluções é a ordem judicial inadimplida tempestivamente. O Estado-juiz não deve prestigiar o desenvolvimento da má-fé. Portanto, é eminente a necessidade de mudanças na utilização indiscriminada da multa do artigo 461. A torpeza do credor deve ser entendida como um ilícito. O processo não se presta a tutelá-la.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Curitiba: [s.n.], 2007a. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041120AS_NOVAS_SENTENCAS.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2010.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos direitos fundamentais.** Curitiba: [s.n.], 2007b. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anejos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro:** exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.