

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ANDERSON BELLINI ALOISIO

EPISTEMOLOGIA DAS SANÇÕES PROCESSUAIS:

Uma análise com enfoque nas *astreintes* e seu impacto na concretização de direitos

São Leopoldo
2015

ANDERSON BELLINI ALOISIO

EPISTEMOLOGIA DAS SANÇÕES PROCESSUAIS:

Uma análise com enfoque nas *astreintes* e seu impacto na concretização de direitos

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2015

A453e Aloisio, Anderson Bellini

Epistemologia das sanções processuais: uma análise com enfoque nas *astreintes* e seu impacto na concretização de direitos / por Anderson Bellini Aloisio. -- São Leopoldo, 2015.

169 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, Escola de Direito.

1.Direito civil – Brasil. 2.Processo civil. 3.Obrigações (Direito) – Brasil. 4.Autonomia. 5.Comportamento humano. I.Ribeiro, Darci Guimarães. II.Título.

CDU 347(81)
347.91/.95
347.4(81)

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**EPISTEMOLOGIA DAS SANÇÕES PROCESSUAIS: Uma análise com enfoque nas astreintes e seu impacto na concretização de direitos**”, elaborada pelo mestrando **Anderson Bellini Aloisio**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de junho de 2015.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

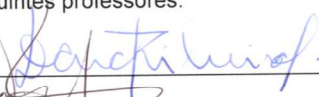

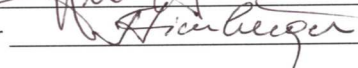
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Araken de Assis

Membro: Dra. Têmis Limberger

Aos que entram e aos que saem da vida:

*Júlia Moschetti Aloisio
minha professora
na disciplina
de ser Pai.*

*Artêmio Orlando Bellini
in Memoriam*

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Ana Claudia, pela caminhada conjunta na vida. Pelas lições de psicologia que contribuíram para este trabalho e, *last but not least*, por ser uma maravilhosa mãe para a Júlia.

À Denise e Andréa, pelo companheirismo de sempre.

Ao amigo Marino, irmão de todas as horas.

Ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, por ter sido um orientador e um amigo, cujos debates foram muito proveitosos e cujo exemplo pessoal, de muito estudo do processo civil, me motiva desde os tempos em que fui seu aluno na graduação.

“Anima-te por teres de suportar as injustiças; a verdadeira desgraça consiste em cometê-las”.¹

¹ PITÁGORAS. [Frasas e pensamentos]. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/NzkyNDA4/>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

RESUMO

O presente trabalho, através de um corte horizontal que atravessa dois núcleos teóricos distintos, pretende demonstrar a possibilidade da existência de sanções puramente processuais, bem como a sua adequação a um modelo de processo condizente com um Estado Democrático de Direito, permeado por valores constitucionais. Para tanto, realizamos um estudo de teorias sobre o comportamento humano de forma a obtermos informações de como as sanções podem influir *sobre o processo de decisão e obter o comportamento desejado dos cidadãos (cumprimento do preceito)*. Após, revisitamos as teorias clássicas sobre processo, de modo a reafirmar a sua autonomia, mas não só isso, demonstrando que há ainda, uma reminiscência das amarras do direito material que ainda atrelam o processo como um *mero instrumento* ou uma *mera técnica* para a concretização do direito material já posto na Lei. Após reafirmarmos – ou propormos – a definitiva e derradeira separação do processo do direito material, concluímos que o processo passa a ser visto como um *espaço para a construção da solução do caso concreto, espaço este que deve ser permeado por fortes obrigações éticas e de deveres de conduta impostos aos litigantes, deveres cujo cumprimento se dá de forma independente dos deveres impostos pelo direito material*. São regras processuais – autônomas – que merecem cumprimento de *per si*. E como tal, necessitam sanções que lhe garantam o cumprimento: as sanções processuais. Por fim, por acreditarmos firmemente que o Direito não deve jamais olvidar da sua dimensão operável, tratamos, no capítulo final do presente trabalho, de aplicar os conceitos teóricos antes expostos. Para tanto, descemos até as minúcias legislativas, de modo a demonstrar a forma como operam – ou deveriam operar - na prática, os postulados teóricos antes mencionados. A fim de melhor demonstrar tal aplicação, focamo-nos em demonstrar como os postulados teóricos atuariam na aplicação das *astreintes* cuja escolha se deu em razão de ser a sanção processual mais árdua de ser estudada, em razão de fortíssimos elementos informativos derivados do direito material que sobre a mesma atuam. Assim, nossa escolha pelas *astreintes* se deu justamente diante da dificuldade do seu trato como sanção exclusivamente processual, sendo fácil transpor os conceitos aqui propostos para as demais sanções processuais, as quais não sofrem da mesma sorte de complexidade teórica que as *astreintes* possuem. O presente trabalho se insere na Linha de Pesquisa n. 1, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, qual seja, Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Palavras-chave: *Astreintes*. Sanção. Comportamento humano. Direito material. Processo. Autonomia.

ABSTRACT

Through a horizontal approach crossing two different theoretical matrixes, this work has the objective of showing the possibility of existing purely procedural sanctions, as well as their appropriateness to the “process” model in line with a democratic State governed by the rule of Law, according to constitutional values. In order to achieve this we have made a study on theories regarding human behavior to obtain information on how the sanctions may have influence *on the decision process and* obtain the desired behavior by citizens (obedience of legal precepts). After this we have re-analyzed the classic theories on the process in order to reassure its autonomy and also demonstrating that there is reminiscence of ties with the substantive rights that still harness the process as a mere instrument or a mere technique for attainment of the substantive rights already established by Law. After restating – or proposing – the definitive and ultimate separation of the substantive rights/process/procedure, we have concluded that the process turns to be seen as a *space for development of the solution for the case, space which has to include strong ethical obligations and behavioral duties imposed to the litigants. The fulfillment of these duties is made independently of the duties imposed by the substantive rights.* They are procedural rules – autonomous – which “*per se*” are to be fulfilled and as such they need sanctions to assure the corresponding fulfillment: the procedural sanctions. Finally, as we strongly believe that the Law should never disregard its operational range, in the last chapter of this work we have applied the theoretical concepts mentioned before. For this purpose we have narrowed down to legislation details in order to demonstrate, in the practice, how the theoretical postulates mentioned before operate – or should operate. In order to demonstrate such application, we have focused in demonstrating how the theoretical postulates would act in the application of *astreintes*. This choice was made because it is the most difficult procedural sanction to be studied due to the very strong informative elements deriving from the substantive rights. Therefore, our choice for *astreintes* was made precisely for considering the difficulties in treating it as an exclusive procedural sanction, being then easy to pass the concepts proposed here to other procedural sanctions, which are not under the same theoretical complexity as the *astreintes*. This work is part of the Research Line n. 1, of the Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, namely, Hermeneutics, Constitution and Implementation of Rights.

Keywords: *Astreintes*. Sanctions. Human Behavior. Substantive Rights. Procedure Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
Inc.	Inciso
Min.	Ministro
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE AS SANÇÕES E O DIREITO (PARTE I): PRESSUPOSTOS E PREMISAS TEÓRICAS SOBRE O TEMA	15
2.1 TEORIAS DE ANÁLISE DO COMPORTAMENTO HUMANO.....	16
2.1.1 Análise Econômica do Comportamento Humano	16
2.1.2 Análise Psicológica do Comportamento Humano	19
2.2 TEORIA GERAL DAS SANÇÕES	25
2.3 SANÇÕES, TEMPO E OBSERVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS – APORTES DA TEORIA PSICOLÓGICA AO DIREITO E ÀS SANÇÕES.....	32
2.4 SÍNTESE DAS TEORIAS APRESENTADAS E OS SEUS ELEMENTOS DE CONEXÃO COM O DIREITO E AS SANÇÕES	35
3 DO PROCESSO E DA RELEITURA DE SUA AUTONOMIA	38
3.1 BREVÍSSIMO RELATO HISTÓRICO SOBRE AS TEORIAS DA AÇÃO E SOBRE A AUTONOMIA DO PROCESSO	38
3.2 A SUPERAÇÃO DOS MODELOS ANTERIORES E A BUSCA POR UM CONCEITO ATUAL DE PROCESSO ALINHADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	44
3.3 A NECESSÁRIA SEPARAÇÃO DO PROCESSO DO DIREITO MATERIAL E A RELEITURA DA SUA FUNÇÃO – ESTABELECIMENTO DE <i>COMPROMISSO</i> ENTRE <i>PROCESSO E DIREITO MATERIAL, NÃO DEPENDÊNCIA OU (MERA)</i> <i>INSTRUMENTALIDADE</i>	50
3.4 DO PROCESSO COMO UM “AMBIENTE ÉTICO” COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA OBTENÇÃO DE RESPOSTAS ADEQUADAS - O PROCESSO COMO SISTEMA COMPLEXO E A NECESSIDADE DE SE AFASTAR DE TAL SISTEMA POSTURAS INDEVIDAS.....	57
4 APLICANDO OS CONCEITOS TEÓRICOS (PARTE II): CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS AO PRESENTE CAPÍTULO.....	64
4.1 BREVES NOTAS HISTÓRICAS E DE DIREITO COMPARADO DO INSTITUTO DAS <i>ASTREINTES</i> E DA QUESTÃO DA TUTELA ESPECÍFICA	68
4.2 CONCEITO E NATUREZA DO INSTITUTO DAS <i>ASTREINTES</i>	76
4.3 DO <i>QUANTUM</i> DAS <i>ASTREINTES</i>	86
4.3.1 As <i>Astreintes</i> e o Devedor Desprovido de Patrimônio	93

4.4 AINDA SOBRE O VALOR DAS <i>ASTREINTES</i> - A PREOCUPAÇÃO (EXACERBADA) NO BRASIL COM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (!) E DA INCONVENIÊNCIA DE UM VALOR MÁXIMO (TETO) DE <i>ASTREINTES</i>	95
4.5 REDUÇÃO DAS <i>ASTREINTES</i> – IRREDUTIBILIDADE OU INCONVENIÊNCIA NA REDUÇÃO?	104
4.6 AS <i>ASTREINTES</i> COMO ÚNICA ESPÉCIE DE SANÇÃO QUE AGREGA A VARIÁVEL <i>TEMPO</i> COMO UM COMPONENTE <i>ATIVO</i> NA SUA QUANTIFICAÇÃO	111
4.6.1 As <i>Astreintes</i> e o Tempo do Processo	114
4.6.2 <i>Astreintes</i> e o Lapso Temporal entre o Fato e a Sanção.....	115
4.7 <i>ASTREINTES</i> E MÉRITO DA CAUSA – PODEM SUBSISTIR AS <i>ASTREINTES</i> NA AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE?.....	117
4.7.1 A Tese de se Extinguirem as <i>Astreintes</i> Frente a Decisão Desfavorável de Mérito	118
4.7.2 A Tese da Manutenção das <i>Astreintes</i> Mesmo Diante de Posterior Sentença de Improcedência da Ação.....	120
4.7.3 Nossa Posição sobre a Relação das <i>Astreintes</i> com o Mérito da Causa	123
4.8 <i>ASTREINTES</i> – QUEM É O DESTINATÁRIO DE SEU VALOR?	126
4.9 EXECUÇÃO DAS <i>ASTREINTES</i>	133
4.10 TERMOS INICIAIS E FINAIS DE INCIDÊNCIA DAS <i>ASTREINTES</i> – A IMPORTÂNCIA DA INEQUÍVOCA CIENTIFICAÇÃO DO OBRIGADO	138
4.11 AS <i>ASTREINTES</i> E O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA	147
5 CONCLUSÃO.....	153
REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

Sendo função do direito coibir condutas indesejadas e estimular comportamentos desejáveis, a *sanção* tem destaque central como mecanismo eficaz para o desempenho de tal função.

Bem verdade que - não é de hoje - sanção e direito andam juntos. Ainda que sem estudos sistemáticos e específicos sobre o tema, já na antiguidade, o direito nasce acompanhado sempre de uma *penalidade* para o seu descumprimento. Desde os seus primórdios – o que em verdade é algo inclusive intuitivo – já se entendia que um direito desacompanhado de mecanismos que lhe garantam o cumprimento não é um direito capaz de cumprir com a sua função de ser mecanismo impositivo, compulsório, capaz de vergar a vontade de todos ao seu cumprimento.

Desde o surgimento do *monopólio da jurisdição – Decretvm divi Marci*² – que a norma jurídica se faz acompanhar da “ameaça” estatal ao seu descumprimento.

Entretanto, o tema das sanções no direito conta com poucos estudiosos, e não são muitos os trabalhos que cruzam a questão da *existência da sanção com a sua eficácia*, na tarefa de dobrar a vontade dos destinatários da norma jurídica.

O presente trabalho pretende, inicialmente, sistematizar os estudos sobre sanções no direito, demonstrando que as sanções atuam extremamente alinhadas com duas principais teorias que descrevem e analisam o comportamento humano: a análise econômica e a análise psicológica.

Diante destas teorias, tentar-se-á estudar qual a sua relação com as sanções no direito, bem como, se é possível delas inferir se o direito poderia ser mais eficiente ao estabelecer as *suas* sanções. Haveria, pois, elementos a serem observados para que uma sanção possa ser eficiente?

Após, novamente no plano jurídico, se irá desenvolver a questão dos tipos de sanção, mostrando-se que as sanções não são sempre *repressivas/punitivas* mas que também há espaço para as chamadas sanções *premiais*, estimulando condutas que se entendam desejáveis.

Diante deste mecanismo propiciado pelas sanções, de estímulo de determinados comportamentos e punição de outros, iremos analisar como eles se relacionam com as teorias

² “*El agere privado del titular fue prohibido, según ULPIANO: L. 12, §2º (Dig. XLVIII, 7, 7), a partir de la ‘Lex Juliae’, y perfeccionado con el decreto de Marco Aurelio, el llamado Decretum divi Marci, que establecía el siguiente: si creen tener algún derecho, lo ejerciten con acciones, pues de lo contrario quedarán privados de él*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 75.

sobre o comportamento humano, de forma a empreendermos aqui a tentativa de uma exploração transdisciplinar.

Também se irá explorar que as sanções no direito – assim como na análise econômica e psicológica do comportamento humano – dependem de um grau de *intensidade* para que sua aplicação seja eficaz, ou seja, o sistema jurídico deve prever adequadamente não apenas o *remédio*, mas deve também acertar na dose para que as sanções surtam efeito.

No segundo capítulo do trabalho, pretendemos nos focar nas sanções puramente processuais – cerne **teórico** do presente trabalho – e estudar se, de fato, são possíveis sanções puramente processuais e, se positiva a resposta, explorar as suas características e o seu modo de ser.

No terceiro capítulo do trabalho, se explora a autonomia do processo da “*relação*” de direito material. Não a partir de um enfoque clássico e já debatido, mas sim para demonstrar que as sanções processuais representam um ponto de ancoragem para a obtenção de condutas processualmente desejáveis, e que a bem da melhor resposta jurídica, devem se tornar verdadeiramente autônomas e independentes do direito material.

Para tanto, sustentaremos que, mais do que ser mero instrumental do direito material, o direito processual impõe para as partes *deveres de comportamento*, que se traduzem em deveres que somente existem dentro do processo e que, portanto, necessitam de sanções (processuais) que garantam a observância dos seus preceitos.

Iremos investigar se estes deveres de conduta, derivariam do próprio dever de comportamento da parte perante o processo e se os mesmos se desgarram - por completo - da relação de direito material.

Tomando-se a questão por este ponto de vista, nosso estudo se centra em analisar que, uma vez tornado o processo (definitivamente) autônomo em relação ao direito material, as violações aos *preceitos processuais de conduta*, como *todo preceito jurídico*, deveriam ser garantido por sanções – sanções processuais - as quais, segundo iremos investigar, se desgarrariam e não se misturariam com questões advindas da relação material de base.

Destarte, cumprirá a nós investigarmos a conveniência desta autonomia total e completa das sanções processuais – vinculadas apenas aos deveres de conduta perante o processo – diferentes pois, de qualquer outro tipo de sanção jurídica, as quais vinculadas a questões de direito material ou a descumprimento de preceitos não-processuais.

Estas premissas nos levam ao quarto e último capítulo do trabalho, onde as linhas gerais traçadas nos capítulos precedentes são postas no plano operável do direito, sendo que nossa

incessante preocupação é a de fazer com que toda discussão teórica encontre o seu campo profícuo de aplicação.

Assim, cotejaremos os postulados das teorias que até então estudamos com os mecanismos de sanções previstos no atual Código de Processo Civil e no(s) projeto(s) de Código de Processo Civil³ em tramitação, fazendo-se a crítica quando cabível.

Se passará, após, a uma análise de questões altamente polêmicas sobre sanções processuais, fechando nosso enfoque nas *astreintes*,⁴ investigando, por exemplo, o seu descolamento do mérito da ação, a (im)possibilidade de sua redução, o desacerto da sua vinculação/limitação ao valor do “principal”, e o destinatário dos valores oriundos de sua aplicação.

Através de uma análise jurisprudencial e doutrinária, abordaremos, um a um, os temas acima apontados, demonstrando a enormidade de opiniões a respeito, não deixando de tecer os nossos comentários e, ao final, também opinarmos sobre o tema.

Note-se que não temos a intenção de escrevermos um trabalho exauriente sobre as *astreintes*. Ao contrário, pretendemos isto sim, cotejar as *astreintes – eis serem talvez a mais difícil e complexa das sanções processuais* – com as teorias acima mencionadas, de forma a modelar a sua aplicação ideal.

Já que mencionamos *astreintes*, talvez seja de bom tom, desde a introdução do presente trabalho, dizer que usamos tal expressão não como uma alusão ao Direito Francês de onde elas derivam, mas sim a multa periódica utilizada no Brasil, a qual, aqui, também já é comumente, chamada de *astreintes*. Outra observação a ser feita, é que centramos nossa análise, exclusivamente nas *astreintes* cuja previsão atual está no artigo 461 e seguintes do Código de Processo Civil, deixando, propositalmente de analisar outros dispositivos legais que fazem previsão de incidência de *multas por tempo de atraso*. Em que pese este proposital corte na análise do tema, as conclusões teóricas a que aqui se chegará, poderão facilmente ser transportadas para as *astreintes* previstas em outros diplomas legais, bem como, aliás, para qualquer outra *sanção processual*.

³ Nosso propósito de mencionarmos tanto o projeto do Senado (PLS 166/2010), como o da Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010) acerca do novo Código de Processo Civil, comparando-os entre eles, se deve a atual fase legislativa em que os mesmos se encontram. Ou seja, como observou Cassio Scarpinella Bueno, “*O trabalho de comparação [...] é similar ao que ocupará o Senado na última etapa do processo legislativo. Comparando o seu Projeto com o da Câmara, ele preferirá a sua versão ou a da Câmara e, se for esta a sua vontade, ele poderá fundir dispositivos que possam coexistir (e há vários casos em que isso é possível)*”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo código de processo civil: comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

⁴ Palavra que deriva de Francês *astreindre*, obrigar, compelir.

Feitas as considerações acima, diga-se que tentar-se-á reunir as teorias estudadas nos capítulos dois e três e, com base nelas, fazer-se uma análise epistemológica (e hermenêutica) das sanções processuais – e em especial das *astreintes* – com vistas a analisar – e teorizar sobre - a sua eficácia como mecanismo processual capaz de propiciar um maior poder de *concretização de direitos*, em comparação a outros mecanismos coercitivos postos à disposição das partes e do juiz.

Os pontos que pinçamos para a análise das teorias em confronto com as *astreintes* foram meticulosamente escolhidos, com vista a propiciar a clara observação daquilo que *existe/é aplicado*, separando-as do olhar que ora se pretende dar com os aportes das teorias mencionadas.

Nos itens que escolhemos para *dialogar* com (e sobre) tais teorias, pretendemos não apenas demonstrar a forma como tal aplicação vem se dando, como também sugerir uma nova hermenêutica com base nas teorias propostas, ou quiçá, de sugerir que talvez em novos textos de Lei, os aportes obtidos, sobremaneira das teorias sobre comportamento, possam ser observados, como forma de se obter a máxima eficácia possível, de qualquer sanção jurídica, uma vez que tais teorias se aplicam a qualquer forma de sanção sejam elas processuais ou não.

Por fim, registre-se que o presente trabalho se insere na Linha de Pesquisa n.1 do Programa de Pós-Graduação em Direito – nível Mestrado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, qual seja, Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. O método de abordagem fora sempre ordenado a partir do “geral” para o “particular” e a metodologia de pesquisa fora, fundamentalmente, uma análise funcionalista das sanções processuais, tendo como tipo e método de pesquisa, basicamente, a análise de textos de lei, doutrina nacional e estrangeira e pesquisa jurisprudencial.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE AS SANÇÕES E O DIREITO (PARTE I): PRESSUPOSTOS E PREMISAS TEÓRICAS SOBRE O TEMA

Direito é disciplina da convivência⁵. É sua função ser substituto racional para o uso da força bruta, eis que o uso indiscriminado da força é a *barbárie*, situação onde o homem se encontra no que Hobbes denominou *estado de natureza*⁶.

Para retirar o homem do seu *estado de natureza*, o Direito necessita estabelecer regras para a convivência. E também, para garantir a pacificação social, necessita o direito tomar para si, com exclusividade, o uso da força. É usar-se a *força do direito, para não mais se usar o direito da força*⁷. Cuida-se do fenômeno do monopólio da jurisdição⁸.

Entretanto, *jurisdição* não compreende apenas *dizer o direito*. O direito não se torna impositivo, apenas pela mera enunciação de postulados jurídico/legais. Há uma tendência inata ao ser humano de não aceitar os limites que lhe são impostos, havendo grande chance de transgredi-los. Logo, deve o direito estar municiado de *ferramentas* que lhe permitam *impor-se* perante os cidadãos.

De forma genérica – em sentido *lato* - a técnica utilizada pelo Direito, para impor o cumprimento dos seus preceitos rotula-se de *sanção*.

É sepultada, na atualidade, a ideia de que possa existir um *ordenamento jurídico* sem *sanção*. É possível que existam algumas normas sem sanções, mas *um ordenamento jurídico não pode prescindir de sanções*, sob pena de perder sua característica central, que é a obrigatoriedade dos seus preceitos.

O sentido do ordenamento traduz-se pela afirmação de que, na hipótese de uma determinada conduta – quaisquer que sejam os motivos que efetivamente a determinaram -, deve ser aplicada uma sanção (no sentido amplo de prêmio ou pena).⁹

As sanções tem como destinatário **o comportamento humano**. A *conduta* do ser humano é o objeto sob o qual as sanções pretendem operar. Em outras palavras, como o *ordenamento jurídico* deve ser observado por todos os cidadãos e esta observância não ocorre

⁵ TELLES JUNIOR, Gofredo. **A criação do direito**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 476.

⁶ A este respeito, vide ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 15-17.

⁷ Expressão que é atribuída a Gofredo Telles Junior, que sempre a repetia durante suas aulas no *largo São Francisco*.

⁸ Vide nota de rodapé n. 1

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 28.

de forma *espontânea*, as sanções atuam *sobre a vontade* dos cidadãos, de forma a fazer com que tenham condutas que sejam socialmente aceitas e juridicamente adequadas.

Como ensina Darci Guimarães Ribeiro

[...] dentro desta perspectiva, a sanção pode ser entendida como o mecanismo criado pelo ordenamento jurídico para assegurar eficácia prática a um preceito normativo, [...] isto é, são meios predispostos pelo ordenamento jurídico para garantir e reforçar a observância das normas jurídicas.¹⁰

Neste ponto, surge a indagação: por que as sanções seriam eficazes em *vergar* o comportamento humano, induzindo-o a praticar ou deixar de praticar alguma conduta? Vale analisarmos, de forma breve, duas teorias sobre o comportamento humano e o consequente processo humano de tomada de decisão - que é o que veremos nos itens abaixo.

2.1 TEORIAS DE ANÁLISE DO COMPORTAMENTO HUMANO

O comportamento humano é objeto de estudo por diversos ramos do conhecimento humano. A forma do homem se comportar, é algo que interessa a praticamente todas as esferas do conhecimento humano, como por exemplo, a filosofia, a sociologia, a política, a medicina, entre tantas outras. No entanto, dois ramos de estudo se destacam pelo avanço em teorizar a forma como o ser humano se comporta, do ponto de vista da *tomada de decisão* sobre fazer ou deixar de fazer algo.

Essas teorias são a *teoria econômica e a teoria psicológica do comportamento humano* e sobre elas, iremos nos deter nos itens abaixo, em função de que, *se é objeto da sanção influir no comportamento*, nada mais lógico que estudemos como *as sanções podem ou não*, ditar a observância de preceitos legais.

2.1.1 Análise Econômica do Comportamento Humano

Já há alguns anos, a teoria econômica passou a estudar o comportamento humano na tentativa da criação de modelos capazes de prever/explicar o que se chama de processo de *tomada de decisão*.

Por ser extremamente ilustrativo, permitimo-nos a transcrição de trecho da obra de Michael Sandel sobre este aspecto em particular.

¹⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50.

No passado, os economistas lidavam com questões reconhecidamente econômicas – inflação e desemprego, poupança e investimento, taxas de juros e comércio exterior. [...] Ultimamente contudo, muitos economistas abraçaram um projeto mais ambicioso, porque a economia oferece, sustentam eles, não apenas um conjunto de percepções sobre a produção e o consumo de bens materiais, mas também **uma ciência do comportamento humano**. No cerne dessa ciência está uma ideia simples mas de grande alcance: em todas as esferas da vida, o comportamento humano pode ser explicado partindo-se do princípio de que as pessoas decidem o que fazer sopesando os custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhe proporcionar maior bem-estar ou que tenha maior utilidade.¹¹ (grifo nosso).

Segundo a teoria econômica sobre o comportamento humano, em linhas gerais, cada pessoa *faz escolhas racionais*, baseando-se nas possibilidades que estão ao seu alcance, visando a melhor relação de *custo-benefício*.

Gary Becker, o maior expoente da teoria econômica sobre o comportamento humano, preceitua que, **mesmo instintivamente**, todo ser humano está, todo o tempo, calculando relações de *custo-benefício*, **mesmo em questões que não envolvam dinheiro ou economia**. Gary Becker sustentava que, mesmo a decisão de escolha do cônjuge é uma decisão econômica – não apenas no sentido financeiro – pois leva em consideração *os possíveis pretendentes, a idade, o medo de ficar sozinho*, enfim, toda uma séria de variáveis que podem ser reduzidas a uma equação de *custo-benefício*.

Como refere Michael Sandel

a tese mais influente a respeito é sustentada por Gary Becker, economista da Universidade de Chicago, em *The Economic Approach to Human Behavior*. Ele rejeita a visão antiquada de que a economia é ‘o estudo da distribuição dos bens materiais’. Especula que a persistência dessa visão tradicional deve-se a uma relutância em submeter certos tipos de comportamento humano ao cálculo ‘frio’ da economia. Becker tenta nos desabituair dessa relutância. Segundo ele, **as pessoas estão sempre empenhadas em maximizar seu bem-estar, quaisquer que sejam suas atividades**. Esse pressuposto, ‘posto em prática incansável e invariavelmente, está no cerne da abordagem econômica’ do comportamento humano. A abordagem econômica funciona independentemente dos bens que estejam em jogo. Ela explica decisões de vida ou morte e a ‘escolha de uma marca de café’. Aplica-se à escolha de um parceiro e à compra de uma lata de tinta. Prossegue Becker [...] Cheguei a conclusão de que a abordagem econômica tem um caráter abrangente que a torna aplicável a todos os comportamentos humanos, envolvam preços monetários ou virtuais, decisões reiteradas ou raras, grandes ou pequenas, finalidades emocionais ou mecânicas, pessoas ricas ou pobres, homens ou mulheres, adultos ou

¹¹ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do Mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 50.

crianças, pessoas inteligentes ou estúpidas, pacientes ou terapeutas, empresários ou políticos, professores ou alunos.¹² (grifo nosso).

E prossegue Michael Sandel, acerca da explanação da teoria de Gary Becker

Becker não afirma que pacientes e terapeutas, empresários e políticos, professores e alunos de fato entendam que suas decisões são governadas por imperativos econômicos. Mas isso ocorre apenas porque muitas vezes não vemos o que está na origem de nossos atos. A abordagem econômica não parte do princípio de que as pessoas necessariamente tem consciência de seu empenho de maximizar ou podem verbalizar ou descrever de maneira informativa os motivos de seu comportamento. Todavia, os mais atentos aos indícios de atribuição de preço implícitos em toda situação humana são capazes de ver que todo comportamento, por mais distante que possa parecer das preocupações de ordem material, **pode ser explicado e previsto em termos de cálculo racional de custos e benefícios.**¹³ (grifo nosso).

De fato, a teoria econômica acerca do comportamento humano, tem o mérito de tornar previsível – ou pelo menos bastante provável – determinados tipos de comportamentos, baseados em relações de *custo-benefício* a qual se configura como um elemento instintivo e forte a inclinar a adoção de um determinado comportamento. Se não é verdade que a teoria econômica do comportamento humano seja capaz de explicar *todo* e qualquer processo de tomada de decisão, ela, de fato, tem o mérito de explicar um modo *lógico* de tomada de decisão, **onde a melhor escolha faz sentido, numa análise de correlação entre custo-benefício.**

Este modelo de análise do comportamento humano não é, por evidente, imune a críticas. Na própria ciência econômica, destacam-se Amos Tversky e Daniel Kahneman, que preceituaram que a tomada de decisão humana *nem sempre é racional*.

Isto **não** significa dizer que a *irracionalidade é o padrão*, mas sim de que, não é a lógica *custo-benefício* a chave para se deter a previsibilidade de todos os comportamentos humanos, em razão de que *a lógica humana de tomada de decisão, não é uma lógica matemática*, sendo influenciada por razões de toda ordem, inclusive as de cunho *irracional*.

A fim de exemplificar – com elementos que são clássicos na explicação desta teoria – suponha-se que se ofereça a alguém, para que faça uma escolha entre uma maçã e uma laranja. Estatisticamente falando, há 50% de chance de que tal pessoa escolha ou a laranja ou a maçã. Na nossa hipótese, a pessoa escolhe a maçã. Pois bem. Ato contínuo, se pede que a mesma pessoa escolha entre a laranja, a maçã e um pêssego. Há estatisticamente, 33%

¹² SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do Mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 51.

¹³ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do Mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 51.

de chance para a escolha de cada uma das frutas mas, no entanto - e este é o ponto - não há lógica de que a laranja seja escolhida pois, entre a maçã e a laranja – quando havia 50% de chance para cada uma - esta última (a laranja) já havia sido rejeitada. A lógica – pura e simples – aponta que o sujeito escolha **entre a maçã (primeira escolha) e o pêssigo (que não havia sido ofertado da primeira vez)**. Isto faz sentido do ponto de vista lógico, pois entre a maçã e a laranja, já se sabe que quem “ganha” é a maçã do ponto de vista da escolha daquele indivíduo. A dúvida, do ponto de vista de uma lógica estrita, ficaria então, entre a maçã e o pêssigo. No entanto, o ser humano, *talvez escolha a laranja*, pelo simples fato de que tenha vontade de, naquele momento fazê-lo! Ou seja, *as escolhas humanas não seguem um padrão puramente lógico-racional*.

Como comentário final acerca da contribuição de Amos Tversky e Daniel Kahneman, estes autores preceituaram que o comportamento humano é mais influenciado por *ganhar e perder e pelo modo como tal escolha se apresenta*, do que propriamente por relações diretas de *custo/benefício*¹⁴.

Em síntese, a teoria econômica do comportamento humano pode explicar grande parte dos comportamentos e do processo de tomada de decisão, embora, por óbvio, não torne o ser humano algo previsível. No entanto, seu grande mérito é a demonstração de que as condutas humanas - **ainda que instintivamente e/ou de forma inconsciente** - estão constantemente sopesando *custo-benefício* ou *ganho e perda*.

Assim, se as sanções no direito pretendem influenciar condutas, elas devem ser aplicadas de forma tal, que o raciocínio de *custo-benefício (ganho e perda)* do agente seja diretamente atingido pela sanção, quer aumentando o seu custo (quando se deseja coibir condutas) quer aumentando seu benefício (quando se deseja incentivar condutas).

2.1.2 Análise Psicológica do Comportamento Humano

Outro ramo do conhecimento que estuda o comportamento humano e o processo de tomada de decisão é a *psicologia*.

O método de abordagem econômica de análise do comportamento humano – que ficou conhecido como *teoria clássica da decisão* – é alvo de críticas pelos psicólogos, eis que ela *presume um sujeito superdotado de informações e de capacidade de raciocínio lógico, ciente de todas as possibilidades e consequências*,¹⁵ o que é algo artificial de se imaginar.

¹⁴ KISHTAINY, Niall et al. **O livro da economia**. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Globo, 2013. p. 266.

¹⁵ STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artmed, 2000. p. 340.

Nesta linha, observe-se a lição de Robert Sternberg, onde

Os modelos mais antigos de como as pessoas tomam decisões, são referidos como ‘teoria clássica da decisão’. A maioria destes modelos foi delineada por economistas, por estatísticos e por filósofos, não por psicólogos. Portanto eles refletem as forças de uma perspectiva econômica – tais como a facilidade de desenvolver e usar modelos matemáticos para o comportamento humano. Entre os primeiros modelos de tomada de decisão criados neste século estava o homem e a mulher econômicos que admitia que os tomadores de decisão são (1) inteiramente informados quanto a todas as opções possíveis para as suas decisões e de todos os resultados possíveis de suas opções de decisão, (2) infinitamente sensíveis as sutis diferenças entre as opções de decisão e (3) totalmente racionais quanto a sua escolha de opções (EDWARDS, 1954).¹⁶

Em síntese, os argumentos acima vertidos resumem a crítica – robusta – de boa parte dos psicólogos sobre a teoria econômica, quando se trata de comportamento humano e processo de tomada de decisão.

Embora tratem do mesmo tema e empreguem expressões similares, a **abordagem econômica e psicológica diferem** em pontos importantes ao, por exemplo, levar em consideração *qual o indivíduo que está decidindo, as suas experiências e seu condicionamento* acerca da questão objeto da tomada de decisão. Põe como cerne da questão *os reforços e os castigos/punições*, bem como a questão das *consequências* causadas pela prática de determinado ato.

Por este diapasão, pode-se dizer que

As consequências produzidas por um comportamento ocorrem tão naturalmente no nosso dia-a-dia, que, muitas vezes, nem nos damos conta de que elas estão presentes o tempo todo. Algo bastante interessante é que, se refletirmos por alguns instantes, perceberemos que só continuamos tendo uma infinidade de atitudes diárias porque determinadas consequências ocorrem. Ainda há outras atitudes que abandonamos em função de suas consequências, ou, simplesmente, em função de que uma consequência produzida por um determinado comportamento deixou de ocorrer.¹⁷

¹⁶ STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artmed, 2000. p. 340.

¹⁷ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto. **Princípios básicos de análise do comportamento**. São Paulo: Artmed, 2007. p. 49.

A análise psicológica do comportamento humano evoluiu fortemente a partir dos estudos de Burrhus Skinner¹⁸, que analisava o que se chamou de *condicionamento operante*,¹⁹ vale dizer, *o processo de aprendizagem em que as consequências de uma ação determinam a probabilidade de ela voltar a ocorrer no futuro*²⁰. *Ele descobriu que um organismo,²¹ tende a repetir uma resposta que foi reforçada e a suprimir uma que foi castigada.*²²

Explicava Burrhus Skinner que todos comportamentos humanos advêm desta bagagem de *reforços/castigo*, acumuladas ao longo da vida pois “*um reforço é um estímulo que ocorre após uma resposta e aumenta a probabilidade de esta resposta ser repetida. Burrhus Skinner acreditava que os comportamentos, do estudar ao comer, e ao dirigir do lado certo da rua, ocorrem porque foram reforçados*”.²³

¹⁸ Burrhus Skinner desenvolveu um aparelho simples para avaliar o condicionamento operante, a chamada caixa de Skinner. Uma pequena câmara ou jaula em que uma alavanca (ou chave de resposta) está conectada a um suprimento de comida ou água. Um animal, usualmente um rato ou um pombo, é colocado dentro da caixa; quando ele pressiona a alavanca, aparece a comida ou a água. As primeiras pesquisas de Burrhus Skinner utilizavam labirintos em que ratos tinham que dar uma volta específica para ter acesso ao reforço. Depois que o rato completava o experimento, Skinner tinha que pegar o rato e colocá-lo de volta no início. Ele criou a caixa de Skinner ou a câmara operante, conforme ele a chamava, porque cansou de ter de pegar os ratos constantemente. Com a caixa de Skinner, os ratos podiam ser expostos a repetidos experimentos de condicionamento sem que o experimentador tivesse de fazer qualquer coisa além de observar. Mais tarde, Burrhus Skinner criou aparelhos de registro mecânicos que possibilitavam que os experimentos fossem realizados sem que fosse necessário o experimentador estar presente. GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento**. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 192.

¹⁹ Importante nesta altura, a diferenciação de *condicionamento operante*, estudado por Burrhus Frederick Skinner, do *condicionamento reflexo*, propugnado por Ivan Petrovich Pavlov. Para fins do presente trabalho, convém ressaltar que o mecanismo humano de condicionamento, que responde as sanções no direito, é aquele descrito por Burrhus Skinner, uma vez que o condicionamento reflexo de Ivan Pavlov, não se refere a modificações do comportamento, ou seja, *modelagem* do comportamento, sendo o condicionamento *Pavloviano*, referente a *alterações fisiológicas* em relação aos *estímulos* recebidos. Em outras palavras, no *condicionamento operante* de Burrhus Skinner, são as consequências que terminam por ditar – senão por influenciar – o comportamento, sendo esta a relação que se estabelece com as *sanções e o direito*, tendo em conta que, o escopo final da existência das sanções, é agir sobre o *comportamento humano*.

²⁰ GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento**. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 191.

²¹ “*Estudamos o comportamento de animais porque é mais simples. Os processos básicos descobrem-se mais facilmente e podem ser registrados durante períodos de tempo mais longos. Nossas observações não são prejudicadas pela relação social entre sujeito e experimentador. As condições podem ser mais bem controladas. É possível dispor histórias genéticas para controlar certas variáveis, histórias de vida especiais, para controlar outras – por exemplo, se estivermos interessados em como um organismo aprender a ver, o animal pode ser mantido no escuro até que o experimento comece. É também possível controlar as circunstâncias em um grau dificilmente exequível no comportamento humano – por exemplo, variando estados de privação dentro de grandes amplitudes. Essas vantagens não podem ser esquecidas, em favor de afirmações apriorísticas de que o comportamento humano estaria inevitavelmente, colocado em um campo separado*”. SKINNER, Burrhus Frederick. **Ciência e comportamento humano**. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 41.

²² PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos. **Desenvolvimento humano**. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2000. p. 46.

²³ GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento**. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 192.

Não se pode deixar de, neste contexto, considerar-se a questão da experiência, eis que Burrhus Skinner entende que *são reforços/castigos passados* que influenciam fortemente a tomada de decisão futura. Haveria assim, um caráter **educativo para o futuro** nas sanções, pois mesmo quando elas incidem – por exemplo em razão de algum descumprimento – tal *castigo* poderá fazer com que *no futuro* tal comportamento não mais ocorra.

Nas palavras de Burrhus Skinner, “*as consequências de um comportamento podem retroagir sobre o organismo. Quando isto acontece, podem alterar a probabilidade do comportamento ocorrer novamente*”.²⁴

Curiosamente, quando se fala em relações de *causa e efeito* seria intuitivo trazer-se David Hume a baila, em sua notável *investigação sobre o entendimento humano*, onde se examina, a saciedade, as relações de causa e efeito sobre o processo de aprendizagem do homem. Curiosamente, David Hume andava em searas próximas a Burrhus Skinner – que pesquisava o comportamento animal para concluir pelo condicionamento operante - assim preconizando

Isto é ainda mais evidente para quem considera os efeitos da disciplina e educação sobre os animais, pois a estes, mediante o uso apropriado de recompensas e castigos, se pode ensinar qualquer prática, ainda que as mais contrárias aos seus instintos e propensões naturais. Acaso não é a experiência que leva um cão a rezear a dor quando o ameaçamos ou erguemos o chicote para bater-lhe? E não é ainda a experiência que o ensinou a responder quando houve o seu nome, e de um som arbitrário infere que queremos a ele e não a nenhum de seus companheiros, e tencionamos chama-lo quando pronunciamos estas sílabas de certo modo, e com certo acento e entonação? Em todos estes casos, podemos observar que o animal infere algum fato além do que lhe impressiona imediatamente os sentidos; e que esta inferência se baseia por completo na experiência passada, enquanto o animal espera do objeto presente as mesmas consequências que sempre viu resultar de objetos semelhantes.²⁵

Observe-se que, a exemplo do que estudaremos mais tarde no campo das sanções – que podem ser *premiais* ou *repressivas* – os estímulos que condicionam o comportamento, segundo Burrhus Skinner, também o são ou de cunho punitivo (castigo), ou de cunho de premial (reforço). Note-se o ensinamento de Michael Gazzaniga e Todd Heatherton:

²⁴ SKINNER, Burrhus Frederick. **Ciência e comportamento humano**. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 65.

²⁵ HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 172. (Os pensadores).

O reforço e a punição têm efeitos opostos sobre o comportamento. Enquanto o reforço aumenta o comportamento a punição o diminui. Formalmente, a punição é o processo pelo qual as consequências de uma ação reduzem a probabilidade da ação ser repetida. Por exemplo, dar um choque elétrico em um rato por ele pressionar uma alavanca irá diminuir o número de vezes que ele pressiona a alavanca.²⁶

E prosseguem os mesmos autores

Tanto o reforço como a punição podem ser positivos ou negativos. O reforço positivo aumenta a probabilidade de um comportamento ser repetido ao administrar um estímulo agradável. O reforço positivo geralmente é referido como recompensa. Os comportamentos que são recompensados aumentam em frequência, tal como trabalhar duro por elogios ou dinheiro. Em contraste, o reforço negativo, aumenta o comportamento pela remoção de um estímulo aversivo, por exemplo, um rato negativamente reforçado quando precisa pressionar uma alavanca para desligar um choque elétrico. Observe como o reforço negativo é diferente da punição, em que o rato recebeu um choque por pressionar a alavanca. O reforço negativo não é punição. O reforço – positivo ou negativo – aumenta a probabilidade de um comportamento, enquanto a punição diminui esta probabilidade. O reforço negativo é muito comum na vida cotidiana. Você fecha a porta de sua sala para deixar o barulho de fora. Você muda de canal para evitar assistir a um programa ruim de televisão. Em qualquer caso, você está tentando escapar de ou evitar um estímulo indesejado que é o reforço negativo.²⁷

E por fim, arrematam,

A punição reduz o comportamento, mas pode fazer isso por meios positivos ou negativos. A punição positiva diminui a probabilidade de um comportamento ocorrer de novo ao administrar um estímulo aversivo. Punição negativa diminui a probabilidade de um comportamento ao remover um estímulo agradável. Os jovens cujos privilégios de motoristas são revogados por excesso de velocidade apresentam menor probabilidade de andar acima da velocidade da próxima vez que estiverem atrás da direção do carro. Embora perder os privilégios de motorista seja uma forma de punição negativa, receber uma multa por excesso de velocidade é uma forma de punição positiva.²⁸

Ou seja, há um enorme ponto de confluência entre a teoria psicológica e o estudo das sanções, observando-se em verdade, quatro quadrantes possíveis:

a) quando a sanção acrescenta algo de ruim;

²⁶ GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento**. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 193.

²⁷ GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento**. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 193-194.

²⁸ GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento**. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 194.

- b) quando a sanção acrescenta algo de bom;
- c) quando a sanção retira algo ruim;
- d) quando a sanção retira algo bom. Estas constatações de existência de quatro possibilidades a influenciarem o comportamento humano na relação de *reforço/punição* são importantíssimas para o estudo das sanções,²⁹ como se verá mais adiante no presente trabalho.

Do ponto de vista do direito, Norberto Bobbio chegava a idêntica conclusão da existência de quatro quadrantes possíveis de incidência das sanções. Observe-se:

Así como el mal del castigo puede consistir tanto en la atribución de una desventaja como en la privación de una ventaja, el bien del premio puede consistir tanto en la atribución de una ventaja como en la privación de una desventaja.³⁰

Retomando a narrativa, em síntese, poder-se-ia dizer que a teoria psicológica afirma que o *comportamento é controlado por suas consequências*. Neste sentido, vale dizer

As consequências de nossos comportamentos vão influenciar as suas ocorrências futuras. Dizer que as consequências dos comportamentos chegam a afetá-los é o mesmo que dizer que as consequências determinarão, em algum grau, se os comportamentos que as produziram ocorrerão ou não outra vez, ou se ocorrerão com maior ou menor frequência.³¹

Tal opinião era compartilhada por Burrhus Skinner sendo que

Para ele as consequências de uma ação eram mais importantes para a formação do comportamento, do que qualquer estímulo que a precedesse ou que com ela

²⁹ “Onde o grupo classifica o comportamento como ‘certo’ ou ‘errado’ com propósito de reforço ético, a agência governante adota distinção entre ‘legal’ e ‘ilegal’. Os termos são definidos grosso modo em relação à fonte do poder da agência. Sob um magistrado absoluto o comportamento é ilegal se traz consequências aversivas para a agência. Na medida em que o poder do governo deriva do grupo, as definições se aproximam daquelas de ‘certo’ e ‘errado’. Entretanto, como agência governamental opera, principalmente, através do poder de punir, a ênfase é sobre o ‘errado’. O governo usa seu poder para ‘manter a paz’ - para restringir comportamentos que ameaçam a propriedade e as pessoas de outros membros do grupo. Um governo que possui apenas o poder de punir pode fortalecer o comportamento legal somente pela remoção de uma ameaça de punição a ele contingente. Algumas vezes isso é feito, mas a técnica mais comum é simplesmente punir as formas ilegais do comportamento”. SKINNER, Burrhus Frederick. **Ciência e comportamento humano**. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 367.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho**. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 384.

³¹ MOREIRA, Marcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto. **Princípios básicos de análise do comportamento**. São Paulo: Artmed, 2007. p. 49.

coincidisse. Com base em experimentos, Skinner concluiu que o comportamento é apreendido, primordialmente, a partir do resultado as ações.³²

Diante do quanto acima exposto, resta muito claro a evidente correlação entre as teorias estudadas e as sanções no direito, razão pela qual passaremos a analisar a forma como as sanções se apresentam para a teoria jurídica.

2.2 TEORIA GERAL DAS SANÇÕES

Constituindo-se o direito como uma *hierarquização* de interesses de uma sociedade, o que feito através de normas jurídicas, a sanção se apresenta como *uma técnica de controle social para garantir e reforçar este respeito na observância das normas*.³³

Sublinhe-se que o direito não pode prescindir de um mecanismo capaz de preservar esta hierarquia de condutas, *independentemente da vontade das pessoas*. Ou seja, as sanções devem servir para que o direito se sobreponha a vontade das pessoas, *vergando-as ao seu cumprimento*.

Como visto no subcapítulo 2.1, as principais descrições do comportamento humano apontam que este se assenta – quer em premissas racionais, quer irracionais, quer sejam de *custo/benefício*, quer sejam de *reforço/punição* – fortemente em razão das *consequências* de nossas ações.

Justamente neste ponto de confluência a sanção ganha destaque, pois se destina justamente, a ditar *consequências jurídicas* para a prática de determinados atos.

Primeiro ponto a ser reforçado é que, apesar da expressão *sanção* estar fortemente vinculada a ideia de *repressão e punição*, no direito tal expressão é mais ampla, ***praticamente coincidindo com a ideia de consequência jurídica***. Permite-se agasalhar no direito, dentro do conceito de sanção, tanto a ideia de *repressão*, como a ideia de *prêmio*. Neste sentido, lecionava Hans Kelsen, afirmando que

O princípio que conduz a reagir a uma determina conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). **O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção**. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como

³² COLLIN, Catherine et al. (Coord.). **O livro da psicologia**. Trad. Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. São Paulo: Globo, 2012. p. 81.

³³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50.

consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.³⁴ (grifo nosso).

Também Norberto Bobbio manifesta-se nesta mesma linha onde

En la literatura filosófica y sociológica el término ‘sanción’ se usa un sentido amplio para incluir en él no sólo las consecuencias desagradables de la inobservancia de las normas, sino también las consecuencias agradables de la observancia, distinguiéndose en el *genus* sanción las dos *species* de las sanciones positivas y de las sanciones negativas. Es un hecho, sin embargo, que el término ‘sanción’ en el lenguaje jurídico, si se usa sin más precisiones, denota exclusivamente a las sanciones negativas.³⁵ (grifo do autor).

A ideia de que as sanções tenham como destinatário **o comportamento** do “devedor” também são, desde longa data, perfeitamente assimiladas pelo direito. Também a atuação psicológica da sanção, no indivíduo, não escapou a análise de Hans Kelsen, onde “*vistos de um ângulo sócio-psicológico, o prêmio e a pena são estabelecidos a fim de transformar o desejo do prêmio e o receio da pena em motivo da conduta socialmente desejada*”.³⁶

Note-se que há um perfeito ponto de inflexão entre as *teorias sobre o comportamento* e as pretensões do direito - mais em especial das sanções - no que tange a pretensão de *modificar tais comportamentos*. Afinal, um sistema de prêmio/punição, serve justamente para a obtenção de *comportamentos desejáveis*.

Isto em nada difere dos estudos levados a efeito pela psicologia que, dentre tantos estudiosos que pesquisaram a questão, temos de fazer menção a Burrhus Skinner. Isto porque, embora seus estudos tivessem como *cobaias* animais de laboratório, restou demonstrado que um sistema de *reforço ou a punição*, tem grande semelhança, que tenha em seu destinatário um ser humano ou um animal. Os mecanismos mais basais, mais primitivos de tomada de *decisão* e de *comportamento*, afinal, não diferem tanto assim, entre um *animal e um humano*. Vale dizer “*a modificação do comportamento funciona com as pessoas da mesma forma como o condicionamento operante o faz para alterar o comportamento de ratos e pombos, ou seja, reforçando o comportamento desejado e não reforçando o indesejado*.”³⁷

Ou seja, as sanções podem/devem ser criteriosamente estudadas e alocadas ao longo do sistema jurídico, como forma de *influenciar* o comportamento dos indivíduos a se portarem da forma desejável socialmente. Vale dizer que as sanções – vistas como

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 26.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho**. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 372.

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 28.

³⁷ SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 303.

repressivas ou premiaias³⁸ – **atendem tanto a análise econômica** do comportamento humano, ao interferir na relação de *custo/benefício de uma tomada de decisão*, **como também na teoria psicológica**, pois podem as sanções, *tanto acrescentar como retirar prêmios ou punições*, atuando, assim, nos “quatro quadrantes” de *reforço/punição* mencionados alhures.

Esta alocação ao longo de um sistema jurídico deste “sistema de sanções” *punitivas e premiaias* - que é a tradução jurídica do conceito psicológico de *reforço/punição* – deve se dar de forma estudada e bastante refletida, uma vez que as condutas podem ser classificadas - em nosso sentir - em três grupos, a saber:

- a) condutas meramente lícitas;
- b) condutas ilícitas e/ou indesejadas;
- c) comportamentos modelares ou ideais.

Partindo-se do mais simples para o mais complexo, é fácil afirmar que o campo de incidência das sanções repressivas, repousa nas condutas ilícitas e/ou indesejadas. Como é um princípio geral de que, ao cidadão, lhe é permitido aquilo que não seja legalmente proibido (Art. 5º II da CF/88)³⁹ **haverá um grande campo de condutas que, embora sejam lícitas, não se aproximam de uma conduta tida como idealmente perfeita**. Estas condutas meramente lícitas não são alvo de nenhuma sanção, nem premial, nem punitiva; seriam por assim dizer, a conduta “média” ou normal. E por fim, há condutas que seriam modelares, exemplares, idealmente desejáveis, *as quais são as destinatárias das sanções premiaias*.

Partindo-se de um exemplo figurativo, de um alvo para um atirador de arco e flecha: fora do alvo estariam os comportamentos indesejados, ou seja, as direções para onde ele não deve atirar, sob pena de ser punido; atirando em direção ao alvo, não há punição, pois trata-se de algo normal, esperado; acertar-se exatamente no centro do alvo é algo meritório e deve ser premiado, pois se trata da conduta simbolicamente tida como “perfeita” e ideal.

³⁸ Em razão de termos dado especial ênfase a teoria e aos experimentos de Burrhus Skinner, por razões de fidelidade ao pensamento do autor e, sobremaneira, por se relacionar com o tema, deve ser registrado que Burrhus Skinner acreditava fortemente no *reforço positivo*, que para o direito pode ser concebido como a sanção premial. Vale dizer, entendia ele ser muito mais eficiente o *reforço positivo*, do que a punição, inclusive, por não gerar efeitos colaterais indesejáveis presentes na punição – emoções negativas - como a *raiva, a frustração e o desejo de vingar-se*. Neste sentido, vide por exemplo, SKINNER, Burrhus Frederick. **Ciência e comportamento humano**. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 41.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

Angelo De Mattia, ao escrever um importante estudo sobre *sanções*, assim se pronunciava sobre a questão

Si potrebbe dire figuratamente: il diritto impone all'individuo una serie di atti obbligatori, ed è la serie degli atti dovuti, i quali tracciano una linea mediana. Se l'individuo, volontariamente, si tiene al di sotto di questo limite, cade nell'atto illecito e va incontro alle sanzioni punitive; se, al contrario, si tiene volontariamente al di sopra, entra nella zona degli atti meritori, al quali si accompagnano le sanzioni ricompensative.⁴⁰

Não se pode deixar de mencionar a esta altura questão da mais alta importância, qual seja de que a eficácia da sanção jurídica anda umbilicalmente ligada com a questão da sua *intensidade*. Em outras palavras, as sanções no direito podem estar presentes em maior ou menor intensidade – eis que podem ser graduadas pelo legislador e/ou pelo juiz – sendo tal questão absolutamente vital para a sua eficácia, pois

Há uma correspondência direta entre sanção e norma jurídica, pois para a eficácia desta a intensidade daquela é um elemento fundamental. Isto é, a maior ou menor intensidade da sanção. Do mesmo modo que uma norma jurídica ligada a uma sanção de baixa intensidade cria condições para o seu descumprimento, uma norma jurídica ligada a uma sanção de alta intensidade contribui para o seu cumprimento, tanto no caso de ela ser repressiva quanto no caso de ela ser premial.⁴¹

E prossegue Darci Guimarães Ribeiro, exemplificando a questão

Quando o legislador cria determinado imposto (norma jurídica) e estabelece que o não cumprimento desta regra legal gera um crime (sanção), temos então uma sanção repressiva de alta intensidade pelas graves consequências que o crime de sonegação representa para o ordenamento jurídico. Agora, suponhamos que o legislador resolvesse criar a mesma lei, mas estabelecesse que o descumprimento desta geraria uma contravenção, certamente estaríamos diante de uma sanção repressiva de baixa intensidade, posto que a contravenção ocupa uma escala menor de gravidade dentro do ordenamento jurídico.⁴²

Esta questão atinente a intensidade da sanção também fora notada por Hans Kelsen, ao estabelecer que o ordenamento só é eficaz quando a sanção estabelecida é capaz de *causalmente* determinar a conduta esperada. Observe-se

⁴⁰ DE MATTIA, Angelo. Merito e recompensa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, v. 17, n. 6, p. 615, 1937.

⁴¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51.

⁴² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-52.

Já que falamos de eficácia de um ordenamento, importa aqui destacar que um ordenamento que estabelece um prêmio ou uma pena só é ‘eficaz’, no sentido próprio da palavra, quando a conduta que condiciona a sanção (no sentido amplo de prêmio ou pena) é causalmente determinada pelo desejo do prêmio ou – a conduta oposta – pelo receio da pena.⁴³

Cuida-se então no caso das sanções, de um cuidadoso ensaio não apenas de sua aplicação **mas de sua dosimetria**, estudos estes que ainda são por demais rarefeitos no Brasil. Em verdade, como se verá mais adiante no presente trabalho, há inclusive uma preocupação - que se reputa exacerbada – no âmbito do Poder Judiciário nacional **com as sanções de alta intensidade**, quando estas impliquem em desembolso financeiro. A preocupação com o chamado “enriquecimento sem causa” na jurisprudência nacional, tem sido maior do que a preocupação com a criação e aplicação de sanções que, justamente diante da sua magnitude – inclusive a magnitude financeira - verguem a vontade daquele que a deve cumprir.

Ao assim proceder, sob o ponto de vista econômico, verga-se a vontade do destinatário da norma pois, no caso da sanção repressiva *o custo do descumprimento é muito alto*. No caso da sanção premial, *verga-se novamente a vontade do destinatário da norma*, pois o *prêmio é muito atrativo*. Fazem assim “sentido” do ponto de vista da teoria econômica do comportamento humano, as sanções de alta intensidade.

Sob o ponto de vista da teoria psicológica a conclusão não é outra. *O castigo fortemente aplicado, marca o castigado e o faz fugir de tais tipos de comportamento no futuro*. Da mesma forma, a recompensa generosa, *induz que o ato se repita no futuro*.

A alta intensidade das sanções, alfim, impede que o sujeito *calcule ou avalie – quer racionalmente, quer irracionalmente – se mais vale cumprir a lei ou descumpri-la*. As sanções devem sempre ser aplicadas de forma tal que, sempre que tal cálculo ou avaliação for feita, o resultado de tal equação jamais poderá ser aquele que aponte ser mais vantajoso violar-se a Lei.

Esta questão, observe-se, remonta ao tempo de Cícero que foi quem assinalou que se fosse possível a “*justiça medir-se por el interés, el que calcula que le há de resultar ventajoso, despreciará las leyes y las quebrantará, si le es posible*”⁴⁴.

Ademais, as sanções de baixa intensidade apresentam um caráter secundário indesejável, qual seja, o de justamente permitir que se calcule os riscos e, propositalmente se

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 28.

⁴⁴ CICERO. **Las leyes**. 3. ed. Madrid: Entro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 95, apud RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

descumpram as leis. Em termos de direito privado, este tipo de comportamento se convencionou chamar de *inadimplimento eficiente*, onde é mais vantajoso a parte descumprir um contrato – arcando com sanções de baixa intensidade – do que cumpri-lo.

No entanto, como as normas jurídicas necessitam ser de cumprimento obrigatório, as sanções de baixa intensidade apresentam o grave efeito colateral de serem entendidas como um (pequeno) pagamento autorizativo do descumprimento da Lei.

A razão de ser da **sanção** jurídica é de que ela exista de uma tal forma que **funcione como um ímã que tem como elemento de atração o comportamento humano**. A sanção repressiva é a força de repulsão; a premial a força de atração. A sanção repressiva ideal é aquela que jamais incide! Exatamente isto: **a sanção repressiva ideal é aquela que jamais incide**. Isto porque, tal é o efeito que as consequências da sua incidência podem causar que todos primam sempre por respeitá-la. Curiosamente, portanto, **a sanção repressiva ideal é aquela que jamais incida em razão da dissuasão por ela causada**.

No extremo oposto há a sanção premial, cuja zona ideal de aplicação é **a de almejar sempre incidir**, ao propiciar sempre comportamentos desejáveis em função da premiação por ela concedida. **Ou seja, a sanção premial ideal é aquela que sempre incide!**

Note-se pois que, se há previsão de sanções e as condutas não são influenciadas por sua aplicação, isto significa que é necessário maior poder de atração em direção à zona ideal e maior poder de repulsão no que tange a zona de aplicação das sanções repressivas. Há que se trabalhar pois, na força do “ímã” vale dizer, na sua *intensidade*.

No entanto, este binômio de almejar sempre incidir para as sanções premiaias ou, ao revés, nunca incidir para as sanções repressivas **não pode se dar artificialmente, sob pena de perda de sentido e função das sanções**.

Em outras palavras, não se pode permitir que qualquer conduta lícita, enseje a incidência de sanções premiaias, sob pena de, *em tudo sendo premiado*, não mais se obter a força de atração necessária para se conseguir o comportamento verdadeiramente meritório, este sim, destinatário das sanções premiaias⁴⁵.

⁴⁵ Não é objetivo do presente estudo, esgotar a questão do acoplamento sanções/direito, justamente em razão da extensão de tal temática. A fim de um aprofundamento teórico sobre tal questão, cite-se por exemplo, a obra **Contribucion a la Teoria del Derecho** de Norberto Bobbio. No entanto, a fim de que não passe “em branco” questões de “postura” teórica frente ao tema, adiantamos duas conclusões que nos parecem dignas de menção: A primeira delas é a que nos aponta, por exemplo, Norberto Bobbio, de que equivocadamente o direito não é – ou não precisa ser, ou ainda, não deve ser – um sistema só de punições, como teorizou Jhering – vide BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho**. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 276. É amplamente desejável a convivência das sanções punitivas com as sanções premiaias. No entanto, justamente pela distinta função de cada uma destas sanções, não é possível um sistema puramente premial, sem sanções repressivas. Como se poderia manter o crime de homicídio – que tem por valor a vida – detendo a devida importância dentro do sistema, se acaso somente se tolerasse sanções premiaias? Segunda conclusão é que,

Da mesma forma não se deve buscar que uma sanção repressiva jamais incida, não porque ela cumpriu sua função e dissuadiu a prática do comportamento indesejado, mas por ter ela sido concebida de tal forma, que a conduta por ela punida seja de tal modo absurda, que o seu suporte fático jamais ocorra.

Tudo premiar, ou nada punir, é justamente a forma de se fazer ruir toda a teoria cuidadosamente construída em torno das sanções jurídicas.

Por outro diapasão mas ainda sobre o mesmo tema, registre-se que o grande mérito obtido com a adoção das sanções premiaias é justamente a característica de polarizar os comportamentos – exatamente como os polos de um ímã – afastando os comportamentos indesejados em um polo e, atraindo os comportamentos meritórios, de outro. **Foge-se assim do desenho clássico**, onde a sanção era sempre, somente, **compreendida em seu sentido punitivo**, não havendo nenhum incentivo para que houvesse comportamentos que superassem as expectativas medianas e normais.

Esta polarização – obtida através das sanções – atende, ademais, ao sentido de um Estado Democrático de Direito. Isto porque ao **introduzir-se as sanções premiaias** no sistema, o direito não mais atua apenas punindo os seus cidadãos, **mas incentivando a prática de condutas desejáveis**, atendendo a chamada função promocional do direito.

Neste sentido, leciona Darci Guimarães Ribeiro que

Esta técnica de controle social promocional apresentada pelo Estado Democrático de Direito o diferencia profundamente daquelas técnicas exibidas pelo Estado liberal clássico. Neste, o acento estava colocado na função repressiva do ordenamento jurídico mediante a utilização de técnicas que buscavam desencorajar a prática de atos antijurídicos.⁴⁶

Assim, tem-se que a sanção premial deverá ser objeto de estudo e divulgação⁴⁷, superando a timidez com que se faz presente no ordenamento jurídico, eis tratar-se de

embora seja concebível um sistema sem sanção, cujo cumprimento das leis seja sempre espontâneo, cuida-se de ponto onde realidade e teoria convivem apenas no campo da ficção. Direito cujo cumprimento se dê de forma espontânea, seria quase um “não” direito, pois estaria sendo aplicado a uma sociedade ideal, perfeita, sem conflitos, dúvidas ou divergências, algo que jamais ocorreu, em nenhum tempo ou lugar, na história da humanidade. Assim, em que pese as sanções premiaias representarem um degrau evolucionário, por assim dizer, na concepção do sistema, a fim de impulsionar o ordenamento jurídico no sentido de que persiga condutas mais “elevadas” do que as condutas minimamente aceitáveis, há um alicerce mínimo, incontornável, que sempre precisará de sanções punitivas. Daí porque quando se afirma que a sanção punitiva pune **descumprimento** e a sanção premial premia cumprimento, conclua-se que tal afirmação não esteja em si mesma objetivamente equivocada, tal não permite a conclusão de que simplesmente se possa substituir uma pela outra.

⁴⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.

⁴⁷ Note-se que o escopo central do presente trabalho é o estudo das sanções processuais. E mais especificamente, dentre as sanções processuais, as *astreintes*, que é uma sanção, do ponto de vista da classificação aqui empregada, punitiva. Em termos de *processo* minguam as sanções premiaias, sendo campo fértil das sanções

ferramenta moderna e desejável – alinhada com o Estado Democrático de Direito - para *influenciar no processo de tomada de decisão*, e obter-se comportamentos tidos por ideais ou meritórios.

2.3 SANÇÕES, TEMPO E OBSERVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS – APORTES DA TEORIA PSICOLÓGICA AO DIREITO E ÀS SANÇÕES

Aspecto importantíssimo a envolver as *sanções* no direito diz respeito a *certeza da sua incidência e o recebimento da punição ou do prêmio no menor período de tempo possível*.

Neste ponto temos de retomar a teoria psicológica do comportamento humano, tendo em conta que a teoria econômica, em nada adentra neste aspecto. Assim, registre-se com arrimo na *teoria psicológica* que, quando a sanção dista no tempo em relação ao momento da prática do comportamento *desejado (no caso da sanção premial)* ou do *comportamento indesejado (no caso da sanção punitiva)* isto **impede um adequado estabelecimento de relações de causa e efeito**. Isto significa que com o passar do tempo se perde, em enorme parte, a força de se imputar *direta e objetivamente* uma determinada *consequência* sobre um certo comportamento (deixando assim de estabelecer uma forte relação de causa e efeito) circunstância que é capaz de impactar ou mesmo definir se tal comportamento irá ou não ocorrer novamente no futuro.

A pesquisa de Burrhus Skinner demonstrou que “*quanto menor o intervalo entre os reforços, mais rápida a resposta do animal. Quando o intervalo aumentava, a taxa de resposta diminuía*”⁴⁸.

Registre-se por oportuno - e para que possamos ingressar em outro importante quadrante da teoria psicológica - que Burrhus Skinner foi um nome de destaque na ciência sobremaneira entre os anos de 1950 e 1980, tornando-se conhecido mundialmente. Evidentemente Burrhus Skinner não ficou imune a críticas. Embora grande parte de suas conclusões não tenham sido refutadas, os experimentos de Burrhus Skinner, justamente por manterem um ambiente de controle sobre um *individuo* ou - como gostava Burrhus Skinner de denominar “um organismo” - permitiram críticas no sentido de se apontar que tais ambientes eram *artificiais* para o estudo de um comportamento, anotando-se ainda que os seres humanos - cujo comportamento, ao fim

punitivas. No entanto, não é inviável se imaginar *sanções premiais* em termos de normas processuais, como dispensa ou redução de custas em casos de acordo realizado, por exemplo, na audiência conciliatória, redução de honorários para o caso de pronto pagamento, entre outras medidas, algumas delas, inclusive, em vigor no Brasil.

⁴⁸ SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio, São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 300.

e ao cabo, era o que se pretendia estudar – vivem em grupos ou sociedade, ambiente este muito diverso de circunstâncias controladas em laboratório.

As críticas a Burrhus Skinner – embora, como já dito, em boa parte as suas conclusões continuem válidas – tiveram em Albert Bandura um misto entre demonstração da superação de alguns pontos da teoria de Skinner e concordância em outras tantas conclusões a que Burrhus Skinner já havia chegado. Talvez se pudesse dizer, com bom grau de acerto, que houve por Albert Bandura uma complementação da teoria de Skinner.

Albert Bandura concordava com Burrhus Skinner “*a respeito da possibilidade de mudar o comportamento humano por meio do reforço*”⁴⁹ no entanto, em sentido oposto ao quanto era sugerido por Burrhus Skinner, “*demonstrou na prática, a capacidade das pessoas aprenderem quase todos os tipos de comportamento sem receberem diretamente qualquer reforço*”⁵⁰.

Ou seja, há concordância de ambos – Burrhus Skinner e Albert Bandura – de que *reforços* – leia-se *sanções* no plano do direito, sejam punitivas ou premiaias – de fato, *podem ocasionar mudanças de comportamento*. Ou seja, valida-se o sistema jurídico classicamente concebido de sanções, cujo escopo não é outro senão *influir no comportamento humano*, de forma a obter-se a conduta desejada, garantindo a observância do preceito jurídico.

Ocorre que para Albert Bandura a questão é que o ambiente em que está o indivíduo *é criado pelos comportamentos* e, em via de mão dupla, o ambiente em que se está *também cria determinados comportamentos*. Nas suas próprias palavras, “*O comportamento foi parcialmente responsável por criar o ambiente, e o ambiente resultante, por sua vez, influenciou o comportamento.*”⁵¹

O ponto chave para a compreensão da evolução sugerida – e demonstrada por Albert Bandura – reside justamente no fato de que *não somente através de um reforço* – sanção no Direito – *recebida diretamente pelo indivíduo se pode alterar o comportamento*. Isto porque, os seres humanos, **aprendem pela observação dos demais**. Dizia o próprio Albert Bandura que a maior parte do comportamento humano é aprendida por *imitação*.

Note-se que para Albert Bandura

⁴⁹ SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio, São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 307.

⁵⁰ SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio, São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 307.

⁵¹ COLLIN, Catherine et al. (Coord.). **O livro da psicologia**. Trad. Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. São Paulo: Globo, 2012. p. 289.

A aprendizagem também ocorre por meio do **reforço vicário**, ou seja, mediante observação **tanto do comportamento de outras pessoas como de suas consequências**⁵². (grifo nosso).

Entende-se esse conceito de **reforço vicário** como sendo “*a noção de Bandura de que o aprendizado pode ocorrer por observação dos comportamentos de outras pessoas e das consequências deles decorrentes e não apenas experimentando um reforço diretamente*”⁵³ (grifo nosso).

Essa questão que Albert Bandura rotulou de reforço vicário é extremamente importante ao Direito uma vez que demonstra que a incidência de uma sanção, **sobremaneira de suas consequências**, perpassam o indivíduo que fora alvo da sanção premial ou punitiva, influenciando inúmeras outras pessoas através da **observação das consequências** do que ocorreu com aquele indivíduo⁵⁴. Há assim, sempre, **um elemento de coletivo na aplicação da sanção**, em razão de que a observação das consequências da violação de um preceito jurídico, implicam em *tomada de decisão sobre comportamentos futuros*, não apenas pelo próprio indivíduo, senão por **todos que observaram o ocorrido**.

A capacidade de aprender por meio de exemplos e de reforço vicário parte do princípio de que somos capazes de antecipar e avaliar as consequências que observamos nas outras pessoas, mesmo não passando pela mesma experiência. É possível controlar o próprio comportamento, observando as consequências, ainda que não experimentadas, de determinado comportamento e fazendo uma opção consciente de agir ou não da mesma forma. Bandura acredita não existir uma ligação direta entre estímulo e resposta ou, entre comportamento e reforço, como afirmava Skinner. Para ele, há um mecanismo interposto entre o estímulo e a resposta, que nada mais é do que o processo cognitivo do indivíduo.⁵⁵

A esta altura, já apresentados os elementos que compõe as teorias comportamentais acima apontadas, bem como seus pontos de inflexão com o direito, convém se faça uma síntese do quanto até aqui foi exposto. Passaremos, pois, a tal tarefa no próximo item do presente trabalho.

⁵² SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio, São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 307.

⁵³ SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio, São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 307.

⁵⁴ De se registrar que há outras tantas teorias acerca do comportamento humano, algumas dando mais ênfase a processos cognitivos, outras as relações de causa e efeito e outras, ainda, repisando as questões atinentes aos reforços. Não temos, nem de longe, a pretensão de esgotar tal temática. Apenas parece-nos que para o escopo do presente trabalho, as teorias psicológicas sobre o comportamento humano até aqui apresentadas, apresentam os elementos centrais que, de uma forma ou outra são aceitos pelas demais teorias existentes.

⁵⁵ SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio, São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 307.

2.4 SÍNTESE DAS TEORIAS APRESENTADAS E OS SEUS ELEMENTOS DE CONEXÃO COM O DIREITO E AS SANÇÕES

As teorias sobre o comportamento humano apresentadas nos itens precedentes, em que pese possuïrem pontos de vista ligeiramente diferentes sobre *o processo de tomada de decisão – além de, no caso da teoria psicológica, haver o estabelecimento uma sofisticada teoria comportamental* – permitem identificar entre elas uma base comum, que é o elementar mecanismo humano de fugir *da dor* e buscar o *prazer*.

Este mecanismo – que permeia todas as teorias – inerente ao ser humano (talvez a todos os animais indistintamente) tem, igualmente, íntima relação com o Direito e as sanções. Isto porque *as sanções punitivas* relacionam-se com a *dor* (dor aqui no sentido de *perda, punição ou sofrimento*) e as *sanções premiaias* relacionam-se com o *prazer* (entendendo-se aqui *prazer* como algo de bom ou positivo).

Como menciona Darci Guimarães Ribeiro “*el placer y el dolor son las causas de toda actividad humana, ya que el hombre actúa para escapar del dolor y alcanzar así el placer*⁵⁶.”

De mesma opinião Jeremias Bentham onde

La naturaleza ha puesto al hombre bajo el imperio del ‘placer’ y del ‘dolor’: á ellos debemos todas nuestras ideas: de ellos nos vienen todos nuestros juicios y todas las determinaciones de nuestra vida. El que pretende substraerse de esta sujeción no sabe lo que dice, y en el momento mismo en que se priva del mayor deleite y abraza las penas más vivas, su objeto único es buscar el ‘placer’ y evitar el ‘dolor’. Estos sentimientos eternos son irresistibles, deben ser el grande estudio del moralista y del legislador⁵⁷

Note-se pois que as teorias anteriormente explicitadas apresentam, na verdade, *as formas* pela qual o ser humano busca *fugir da dor e buscar o prazer*. Enquanto a teoria econômica coloca *um indivíduo puramente racional, fazendo sopesamentos de lucro e benefício (cujo balanço final se for positivo é o prazer e se for negativo é a dor)* a teoria psicológica, por sua vez, parece-nos ir a um passo adiante, uma vez admitir um ser não (puramente ou sempre) racional e, igualmente, de que a forma como acumulamos nossas experiências são fundamentais para o estabelecimento das relações entre *causas e efeitos (prazerosos ou dolorosos)*. Isto implica em um passo além porquanto, a partir da teoria psicológica, com demonstrações

⁵⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 23-24.

⁵⁷ BENTHAM, Jeremias. **Tratados de legislación civil y penal**. Trad. Magdalena Rodriguez Gil. Madrid: Edit. Nacional, 1981, Cap. I, p. 28, apud RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 23-24.

empreendidas pelos cientistas daquela área, *deve se pensar que* ainda quando a sanção – no caso uma sanção punitiva - “falhe” na sua “ameaça” e venha a incidir em razão a violação do preceito, *isto não necessariamente pode significar um fracasso do sistema.*

Isto porque há na incidência das sanções um aspecto para o futuro, onde talvez as consequências sentidas quando da aplicação da sanção venham a gerar um comportamento diferente no futuro, modificação esta que *originariamente Burrhus Skinner chamava de condicionamento.* No caso, a nomenclatura é de menor importância. Não importa o rótulo; importa no caso o conteúdo que *é o direito agindo por meio das sanções para influir no comportamento.* Nada mais lógico pois que as teorias do comportamento seja objeto de aprofundamento pelos estudiosos do direito, fazendo-se a sua correlação – que resulta evidente - com as *sanções* jurídicas.

Por fim, a incidência de sanções – no sentido de estabelecimento de *causa e efeito/consequência* – pela prática de um ato gera reflexos em toda a coletividade, uma vez que, como demonstrado por Albert Bandura, o comportamento social é determinado em grande parte, por aquilo que ele rotulou de reforço vicário, *isto é,* aquela modificação do comportamento decorrente da *observação das consequências sofridas pelos outros integrantes do grupo.*

Ressalta aí um caráter não apenas individual, mas de uma espécie de *comunicação com o todo* quando se estabelece uma sanção. Em outras palavras, deixam as sanções de serem vistas como *unicamente individuais,* para, a partir da sua incidência e das suas consequências, gerar induções coletivas de comportamentos desejáveis, através do assim chamado *reforço vicário.*

Feita esta brevíssima síntese, entendemos ser de extrema valia apanharmos o cerne das teorias apresentadas para, de forma tópica, pontuar-se elementos do que seria uma *sanção ideal,* do ponto de vista da sua máxima possibilidade de influenciar comportamentos presentes e futuros. São eles:

- a) a sanção deve fazer sentido do ponto de vista de um balanço entre as (des)vantagens de *cumprir ou não o preceito.* Se do ponto de vista de um *cálculo entre as vantagens em cumprir o preceito ou sofrer a sanção,* resultar mais vantajoso o descumprimento, isto significa uma sanção com *pouca intensidade,* o que significa baixo fator de *coerção* para o cumprimento do preceito⁵⁸;
- b) o menor distanciamento temporal possível entre o *ato* praticado e o recebimento da *sanção* (punitiva ou premial) aumenta dramaticamente *o condicionamento*

⁵⁸ Conclusão esta que atende não só a teoria psicológica, como a econômica, sendo este enunciado muito próximo da teoria defendida por Gary Becker.

para saber se o comportamento ocorrerá ou não novamente no futuro (estabelecimento de *causa e efeito* o mais brevemente possível)⁵⁹;

- c) estabelecer uma clara relação entre o *ato* praticado e a *sanção aplicada*, de forma que, não apenas o indivíduo em relação ao qual a sanção incidiu mas também os demais membros da sociedade possam balizar seu comportamento futuro pela observação das consequências que ocorrem com os *demais membros do “grupo” – reforço vicário*⁶⁰.

Assim, em que pese tais conclusões servirem para *sanções* de qualquer ordem, temos que, ao se admitir uma categoria de sanções processuais – que só podem existir plenamente como tal, ao se admitir a autonomia do *processo* em relação ao *direito material* – se encontrará em tal cenário, aquele onde as sanções terão as melhores condições de atender ao quanto até aqui estudado e teorizado.

Cumpre-nos assim investigar, no próximo capítulo do presente trabalho se, de fato, o processo goza de uma tal autonomia, a ponto de se poder proclamar a existência de sanções – puramente – processuais.

⁵⁹ Conclusão esta amplamente lastreada (e demonstrada) pela pesquisa de Burrhus Skinner.

⁶⁰ Conclusão lastreada nos estudos e demonstrações de Albert Bandura.

3 DO PROCESSO E DA RELEITURA DE SUA AUTONOMIA

*“Também o Direito não é o texto escrito, Nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana”.*⁶¹

O presente capítulo deverá ser compreendido pelo leitor dentro das premissas a que ele se propõe, ou seja, dentro dos limites exigidos no presente trabalho. Isto porque a questão das teorias que gravitam em torno da autonomia do processo podem, certamente, consumir inúmeras dissertações exclusivamente sobre o tema. Tanto no seu aspecto evolutivo como nas suas premissas para o futuro, o estudo acerca da relação do processo com o direito material, das suas finalidades, da sua autonomia, e das expectativas que entorno dele giram em um Estado Democrático de Direito, são temas férteis que, por obviedade, não temos a menor intenção de esgotar.

Assim, como dito, o presente capítulo do trabalho deve ser visto apenas como uma *ponte*, no sentido de ligar as teorias sobre o comportamento humano com a sua aplicação na prática, tratada no quarto capítulo do trabalho, para o que a existência de um direito processual verdadeiramente autônomo nos parece ser uma das premissas necessárias.

Temos por intenção, assim, dar rápida notícia da evolução da chamada *autonomia* do processo, fixando-nos um pouco sobre a necessidade de substituição da ideia de *dependência/autonomia* do processo para com o direito material, *fixando-nos na ideia de independência com compromisso* entre o direito material e o processual.

Para tanto, faremos um breve relato acerca do desenvolvimento da ciência do processo, para ao depois, ingressamos mais propriamente em como deve se dar o “*modo de ser*” da *autonomia do processo diante de um Estado Democrático de Direito*.

3.1 BREVÍSSIMO RELATO HISTÓRICO SOBRE AS TEORIAS DA AÇÃO E SOBRE A AUTONOMIA DO PROCESSO

De um primeiro momento em que, ainda nos primórdios do Direito, não se concebia pudesse existir o *processo* como um ramo autônomo, a ciência processual evoluiu firmando-se como um campo de estudo (pelo menos formalmente) autônomo.

⁶¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23.

Sendo milenar a ciência jurídica, pode-se afirmar que a ciência processual, ao revés, é de ontem. Como refere Fábio Gomes “*embora antigo o processo, é moderníssima a ciência processual*”.⁶²

De forma muito sintética, poder-se-ia dizer que o ponto central que veio a resultar na autonomia do processo que hoje vislumbramos, inaugura-se com a evolução do conceito de ação.

Calha desde logo, advertir duas circunstâncias: Primeiro, que o conceito de ação talvez seja o conceito processual mais “guerreado” pelos juristas, encontrando-se, facilmente, algumas dezenas de conceituações. Segundo, é de que o vocábulo ação é, por diversas vezes, empregado em mais de um sentido. Observe-se

[...] convém chamar a atenção, principalmente dos alunos, para a multiplicidade de sentidos nos quais o vocábulo ‘ação’ tem sido usado. Só para ter-se uma idéia, Pekelis, em excelente estudo que mereceu aplausos até por parte daqueles que dele discordaram, apontou 15 (quinze) acepções diversas para a palavra ‘ação’ (‘Azione’, Nuovo Digesto Italiano, t. 2, p. 92). Garcia Valdés encontrou 23 (vinte e três) definições de ‘ação’. (Teoria de las acciones y de su acumulación”) Rev. de Der. Proc. Esp.,1945, p. 133). Confunde-se ação, ora com direito (‘Dissemos que ação é um direito’: Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, § 107), ora com pretensão (‘La acción es, em nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales...’; Eduardo Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, 3. ed., p. 57). Isso para não se falar dos equívocos mais primários, como aqueles que a praxe forense vai tornando comum e, não raro, impondo como verdade aos neófitos, como, por exemplo, usar os termos processo, procedimento, e, até mesmo, autos, como sinônimo de ação.⁶³

E conclui Fábio Gomes afirmando que “a ação não é um direito, nem uma pretensão. A ação é o exercício de um direito pré-existente.”⁶⁴

Na mesma trilha, em artigo que se fez clássico, demonstra Ovídio Araújo Baptista da Silva que a ação **não** pode ser entendida como o próprio direito subjetivo de tutela estatal.

A primeira confusão, portanto, a evitar-se será aquela que costuma confundir a ação com o ‘direito subjetivo público’ de invocar a tutela jurisdicional, ou de suscitar a atividade dos órgãos estatais encarregados de prestar jurisdição. A ‘ação’ não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda. A **‘ação’, no plano processual, em verdade, é a manifestação do direito público subjetivo** que o Estado reconhece aos jurisdicionados de invocação da

⁶² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 93-94.

⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94.

jurisdição. Uma vez afastada essa primeira confusão, pode-se ter uma compreensão adequada das duas categorias, a do direito subjetivo processual de ação e a ‘ação’ processual propriamente dita.⁶⁵ (grifo nosso).

Como já mencionado anteriormente, é enorme a celeuma acerca de um conceito universal de *ação*. Não pretendemos enveredar por esta investigação, em razão de que, para os fins do presente trabalho, interessa-nos demonstrar a verdadeira *autonomia* do processo e da ação processual frente ao direito material, para ao depois, investigarmos a adequação destes conceitos a um moderno Estado Democrático de Direito.

Assim, a nós, como breve relato histórico, cumpre registrar que até meados do século XIX, estudava-se o processo civil como que englobado no próprio direito civil, o qual, absorvia em si, o direito processual. Nesta fase, *não se vislumbrava um conceito de ação independente*, mas sim que o direito *subjetivo de ação e o direito material seriam um único direito inseparável*⁶⁶. Denominou-se o conceito de ação vislumbrado neste período como teoria civilista, também chamada de teoria clássica, imanentista ou civilista unitário.

Com a publicação da obra de Windscheid⁶⁷, no ano de 1856, dando origem a célebre polêmica com Muther, determina-se um rompimento com a teoria civilista, inaugurando um campo em aberto, onde surgiria o chamado conceito dualista da ação. Em 1885, Adolph Wach edita monografia clássica sobre ação declaratória, culminando por fulminar a teoria civilista da ação.⁶⁸

O grande mérito desta doutrina foi o de demonstrar que a ação é “*substancialmente diversa do direito subjetivo que ela visa proteger, constituindo um direito autônomo*”.⁶⁹

A partir daí, praticamente pacificada a questão sobre a existência de duas espécies de direitos de diferentes naturezas - um direito material e um direito autônomo de ação - surgem inúmeras correntes doutrinárias acerca do que seja a ação em si. Podemos, entretanto, em homenagem ao espírito de síntese, agrupar tais correntes em duas classes:

⁶⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 17, p. 99-126, nov. 1983.

⁶⁶ Que teve no notável Savigny seu mais ilustre defensor, invocando a máxima de Celso “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*” - a ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido (Inst., Liv. IV, Tít. VI). Afirmava Savigny que a ação é o direito material em movimento (In: *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. trad. esp. t. 4, p. 9-10). SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

⁶⁷ WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio des römischen Zivilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts*, apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96.

⁶⁸ Teoria esta que resta fulminada diante das dificuldades em explicar a sentença de improcedência bem como a possibilidade de uma ação declaratória negativa, a qual pressupõe, justamente, a possibilidade de ação para declarar a inexistência de relação jurídica ou de direito subjetivo.

⁶⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, p. 18-19.

uma primeira, menos numerosa, que considera existir nexos bastante estreitos entre o direito de ação e o direito subjetivo material que ela visa a proteger, corrente essa qualificada como da ação como direito concreto de agir; uma segunda, mais numerosa, que desvincula a ação do direito subjetivo material que ela visa a proteger, corrente essa qualificada como da ação como direito abstrato de agir.⁷⁰

Segundo a teoria da ação que a vislumbra diante de um direito concreto de agir - que teve seu maior expoente em Adolph Wach⁷¹ - a qual carreou processualistas ilustres – inclusive Enrico Tullio Liebman e Giuseppe Chiovenda - afirmava-se que

[...] embora autônomo, na medida em que não nasce juntamente com o direito material, nem deste por vezes decorra (como na ação declaratória negativa), o direito de ação só compete a quem é titular de um interesse real, e não imaginário.

Segundo Wach, o direito de ação, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. Assim, distinguem-se os dois direitos, mas o segundo nascerá depois do primeiro, quer da violação deste, ou da ameaça ao mesmo.⁷²

Já para a teoria do direito abstrato de agir, que teve suas bases lançadas por Sándor Plósz e Heinrich Degenkolb,⁷³ o direito de ação apresentava-se com absoluta e total independência, desvinculado de qualquer direito material.

O direito de ação, segundo a concepção de Degenkolb e Plósz, é o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido com abstração de qualquer outro direito (por isso denominou-o Plósz direito abstrato); pré-existe à própria demanda, constituindo-se esta tão-somente no meio através do qual pode ser exercido. Compete a qualquer cidadão que puder invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado. Conseqüentemente, só seria titular do

⁷⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, p. 18-19.

⁷¹ Com a publicação de seu *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* onde demonstra a independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material. Mais especificamente, foi no seu *Der Feststellungsanspruch* onde desenvolveu seu pensamento a respeito da ação. Vide a respeito SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102-104.

⁷² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104.

⁷³ DEGENKOLB escreveu *Einlassungswang und Urtheilsnorm – Ingresso forçado e norma judicial*, em 1877. PLÓSZ fora o autor de *Beiträge zur Theorie des Klagerechts – Contribuição à teoria do direito de queixa*, em 1876. Vide a respeito SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

direito de ação quem postulasse acreditando (de boa-fé) na existência do direito a que se atribui.”⁷⁴

Nove anos após a publicação da obra de por Sándor Plósz e Heinrich Degenkolb, vem a lume a obra de Oskar Bülow – *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (1868)⁷⁵ - a qual veio a ser considerado um marco para o surgimento da ciência do processo. A traçar-se um paralelo com a *psicologia*, talvez Oskar Bülow esteja para o *processo*, assim como Sigmund Freud para a *psicologia*. Ambos criaram o seu objeto de estudo, apartando-o e segmentando-o, diante de sua especialidade, de campos já existentes.

Em apertada síntese, o mérito de Oskar Bülow foi demonstrar a existência de uma relação *jurídico-processual* diversa da relação de direito material. Demonstrou que *os sujeitos desta relação processual* estão inseridos em

Uma relação jurídica dinâmica, de natureza pública, que se desenvolve gradualmente, não decorrendo exclusivamente do direito subjetivo alegado pelo autor. Uma vez que os direitos e as obrigações processuais se estabelecem entre os funcionários do Estado e os cidadãos, essa relação pertence, à toda evidência, ao direito público, constituindo o processo uma relação jurídica de natureza pública. E como qualquer relação jurídica o processo exige para a sua formação os sujeitos, o objeto e a causa, expõe Bülow, denunciando uma intuição sem dúvida genial. Foi também o criador da expressão pressupostos processuais, mantida até hoje pela doutrina e acolhida pela legislação (art. 267, VI do CPC) usada para designar os requisitos de admissibilidade e condições prévias para a formação da relação processual [...].⁷⁶

A definição da existência de uma relação jurídica processual é, como veremos nos capítulos vindouros, aspecto central para a compreensão da autonomia do processo bem como para o realinhamento do processo a uma *moderna teoria processual*, que lhe faça apto a atender os reclamos de uma sociedade *pós-moderna e ao Estado Democrático de Direito*.

O aspecto *sempre público* do processo é com certeza, um dos pontos mais importantes que marcam a teoria de Oskar Bülow, sendo que tal aspecto é, até hoje, central para a compreensão do quanto abaixo iremos expor.⁷⁷

⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

⁷⁵ Vide SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

⁷⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

⁷⁷ O aspecto publicístico do processo fora ressaltado mais tarde por diversos outros autores, como por exemplo Ludovico Mortara e Giuseppe Chiovenda. A esse respeito vide MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

Em que pese ser irrelevante para os fins propostos no presente trabalho, não se poderia deixar de mencionar que o atual Código de Processo Civil, adotou teoria sobre a ação diversa das que acima fora expostas. Com efeito o Código de Processo Civil de 1973, adotou a assim chamada Teoria Eclética da ação, a qual deve a Enrico Tullio Liebman a sua construção.

Buscando conciliar a teoria do direito abstrato de ação com a teoria do direito concreto de ação, terminou ele por criar, em verdade, uma terceira espécie teórica, a qual ficou conhecida como TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO.

Procurando estabelecer uma adaptação à concepção abstrata, Liebman acabou por elaborar uma teoria eclética, segundo a qual a ação consiste no direito (ou poder subjetivo) a uma sentença de mérito, mas o julgamento deste, que se encontra vazado no pedido do autor, está condicionado ao preenchimento de determinados requisitos denominados ‘condições da ação’.⁷⁸

Sobre a construção de Enrico Tullio Liebman, observe-se que

Ao analisar as teses até então desenvolvidas, observa Liebman que as divergências doutrinárias em torno da ação distribuem-se em duas diretrizes fundamentais: uma que a estuda do ponto de vista do autor, qual seja, a Teoria do Direito Concreto, equivocada por só concedê-la ao autor que tiver razão, além de outros inconvenientes; já a outra (do direito abstrato) é visualizada sob o prisma do Juiz e não identifica ainda a ação, mas a sua base, ou pressuposto de direito constitucional. ‘A situação parece madura, portanto, para a tentativa de uma nova síntese, propõe Liebman.’⁷⁹

E prosseguem Ovídio Araújo Baptista da Silva e Fábio Gomes:

Enrico Tullio Liebman formulou teoria em que procurou evitar as posições mais extremadas das doutrinas acima expostas. Para ele, a ação pode existir mesmo quando o autor não tiver o direito que pleiteia; mas só existirá se o autor preencher determinadas condições que permitam ao juiz julgar o mérito da causa.⁸⁰

Pela concepção de Enrico Tullio Liebman, existirá ação ainda que inexistente o direito que o autor afirma possuir (o que lhe aproximava da teoria da ação como direito *abstrato*), desde que, no entanto, preencha o autor, previamente à análise do mérito, requisitos mínimos nominados de **condições da ação** (o que lhe aproximava, de volta, da teoria do *agir concreto*

⁷⁸ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

⁷⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

sobre a ação). Ou seja, preenchidas as condições da ação, terá o autor direito a que o órgão judicial decida a causa, *ainda que contra o autor*.

Sustentava Enrico Tullio Liebman ser de todo desejável que se evitasse que a atividade jurisdicional se ocupasse com processos inúteis, fadados ao insucesso, os quais deveriam ser desde logo repelidos, por lhe faltarem requisitos básicos, autorizativos do uso da ação processual, quais sejam, *as condições da ação*. Afirma Enrico Tullio Liebman, consistirem as condições da ação, em verdadeiro filtro, ou *joeiramento prévio*, a evitar prosseguimento de feitos cuja inidoneidade ou impossibilidade recomendassem, desde logo, a sua extinção no nascedouro.

Segundo Enrico Tullio Liebman, a atividade destinada a auferir as condições da ação não seria sequer atividade tipicamente jurisdicional. Por fim, convém registrar que, segundo o autor, seriam condições da ação o *interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade das partes*.

No entanto, essa concepção mostra-se inadequada para o atual estágio civilizatório. Com efeito

Não há mais como aceitar as teorias clássicas sobre a ação, inclusive a teoria de Liebman, já que a ação obviamente não se limita ao julgamento do mérito. O direito de ação além de exigir o julgamento do mérito, requer uma espécie de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a relação concreta da proteção estatal por meio do juiz⁸¹.

Assim, passaremos a tratar no item seguinte acerca da superação dos modelos e teorias que foram, rapidamente expostas, no item presente.

3.2 A SUPERAÇÃO DOS MODELOS ANTERIORES E A BUSCA POR UM CONCEITO ATUAL DE PROCESSO ALINHADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De tudo quanto narrado no subcapítulo 3.1, nossa intenção não foi outra senão demonstrar a longa evolução histórico-conceitual pela qual passou o *processo*, a fim de firmar-se como ramo autônomo do Direito.

A superação das fases anteriores se demonstra em diversos pontos de abordagem do tema. Observe-se:

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 229.

O processo constituía uma séria de atos que deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação jurídica de direito privado. Melhor: a relação privada, ao se tornar litigiosa, dava origem à necessidade da prática de uma sequencia de atos que faziam parte do rito judicial de aplicação do direito material que se tornara litigioso.

Se o direito material não se distinguia do direito de ação, obviamente não se poderia atribuir ao procedimento natureza diversa da de um rito instituído em nome da aplicação judicial do direito material.

Tratava-se de uma consequência lógica da indistinção entre o direito processual e o direito material. Não havia como **enxergar no procedimento outro fim que não o de servir ao direito material violado.**⁸² (grifo nosso).

Essa posição de um direito *processual servil em relação do direito material*, se constitui em um dos aspectos centrais para a crítica do atual estágio da doutrina como se verá mais abaixo. Entretanto, antes de avançarmos, é importante registrar que nas teorias antes apresentadas há marcos históricos que não podem ser ignorados, como por exemplo *a demonstração do caráter público do processo, a demonstração da existência de uma relação processual diversa da relação de direito material*, entre outras tantas, eis constituírem-se, ao seu tempo, como um grande avanço.

Sobre o caráter público do processo, observe-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni

Portanto, o que se evidenciou é que a solução dos conflitos depende da força do Estado, isto é, da jurisdição, em relação à qual os litigantes estão submetidos. O processo não é mais um mero contrato ou um meio através do qual as partes, a partir da autonomia privada, exercem os seus direitos. O processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não podendo escapar.⁸³

A questão é que como bem apontava Ovídio Araujo Baptista da Silva, as conceituações de processo partiam da ideia da possibilidade da criação de uma “ciência neutra”, a qual pudesse ser enunciada quase como uma equação, cujos elementos que a compunham fossem elementos de “pura lógica” a denotarem um processo ideal.

Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscrito na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da ‘ciência’ do medir, pesar e contar é absoluta.⁸⁴

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 397.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 397.

⁸⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299.

Entretanto, como bem apontava o mencionado autor, os conceitos jurídicos carregam em si *historicidade* e é ingênuo acreditar-se que o processo é um instrumento derivado de *pura lógica*. Em que pese o raciocínio de que a conformação de regras processuais deva depender da lógica – eis que o processo não se pode constituir em um rito que não detenha, no mínimo, lógica interna – é ele permeado de valores *que podem ou não estar de acordo com o atual estágio de uma sociedade*.

Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático, porém, considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade europeia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade da ciência processual é nosso dogma.⁸⁵

Neste mesmo sentido, a lição de Luiz Guilherme Marinoni

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que supunha que poderia viver imersa em si mesma.⁸⁶

Convém a esta altura, diante do quanto até aqui exposto, mencionar que a doutrina passou a distinguir entre três possíveis fases para se vislumbrar o estudo do processo, quais sejam, o *sincretismo, a autonomia e a instrumentalidade*.⁸⁷

Identifica-se o sincretismo, no primeiro momento noticiado no capítulo anterior, vale dizer aquele “*caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir*”.⁸⁸

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, o segundo momento – a autonomia – se caracterizou pela *tomada de consciência para a autonomia da relação processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto*.⁸⁹

No entanto, as teorias deste *momento* eram impregnadas de um ideário que não mais se mostra vigente, como por exemplo, a constatação de que no Estado Liberal predominava “o

⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 300.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 488.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 18.

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 18.

*interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça [...]*⁹⁰“. O que não deve impedir o estudioso de repensar as estruturas do processo – nas suas categorias tipicamente processuais – de forma a adequá-lo ao atual momento. Vale a observação de Luiz Guilherme Marinoni onde

A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os ‘pressupostos processuais’ apenas como requisitos de um ‘processo justo’ ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional.⁹¹

Chega-se assim, segundo Cândido Rangel Dinamarco, a um terceiro momento – o da *instrumentalidade* –

Caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes a sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir-se na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo.⁹²

Note-se assim que segundo Cândido Rangel Dinamarco - o qual escreveu importantíssimas páginas sobre o tema - *que a instrumentalidade* seria o estágio *mais moderno* da ciência processual, sendo despidendo discutir-se ainda, sobre *a autonomia* do processo.

Cândido Rangel Dinamarco coloca o processo *a serviço da aplicação do direito material*, em uma condição tipicamente *instrumental*. Algo feito para o que *direito material possa usar (o seu instrumental)*.

Como se verá mais abaixo, em que pese haver correção em grande parte do que menciona Cândido Rangel Dinamarco, não nos parece que tenha realizado uma *plena autonomia* do processo ao se desvincular do *direito material*. Logo não é nenhum capricho ou desatino ainda insistir-se em falar em *autonomia*. Aliás, Cândido Rangel Dinamarco preocupava-se tal com tal autonomia, o que chamou de *tendência processualizante*⁹³.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 422.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 489.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 268.

Por fim, para alguns, vislumbra-se ainda uma outra fase, qual seja, a fase do *formalismo-valorativo*⁹⁴ (que deve a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a sua concepção) ou ainda a fase do *neoprocessualismo*⁹⁵.

Nesta “nova fase” *pós-instrumentalismo*, o processo estaria marcado por *aplicar* valores e princípios constitucionais, condizentes com um Estado Democrático de Direito. Não nos parece, como já dito, que isto, por si só, superaria a fase da instrumentalidade, que se liga a *dar eficácia e garantia aos direitos*. Do ponto de vista do processo, *garantir valores constitucionais ou legais aplicáveis ao caso é, via de regra, garantir direitos materiais (ainda que de índole Constitucional)*. Logo, não nos parece haver nisso *nova fase da ciência do processo*, mas sim, releitura de todo sistema, a luz da Constituição. É fenômeno *sistêmico* para o direito. Não uma nova fase para *o processo*.

Neste sentido, a razão parece estar com Sergio Gilberto Porto e Guilherme Athayde Porto, onde

Há em curso, ideia sobre o florescer de uma nova fase metodológica do processo, em que são atribuídos ao processo – em si e por si – valores constitucionais. Parcela qualificada da doutrina denomina esta nova compreensão como formalismo-valorativo e outro segmento não menos qualificado de neoprocessualismo.

Segundo essa orientação à natureza e propósito do processo aparece centrada no ideal de justiça, através do domínio de valores constitucionais e esta compreensão do direito processual não vê o processo como mero instrumento de realização do direito material, mas identifica este como método de realizar justiça material, sob o enfoque constitucional. [...]

Máxima vênia deste importante posicionamento que identifica esta situação como nova fase metodológica, entendemos que esta compreensão não possa ser definida verdadeiramente como fase autônoma do desenvolvimento do processo, mas releitura da atual instrumentalidade⁹⁶.

Para nós – e este é um ponto importante para a compreensão do quanto estamos expondo no presente trabalho – **o processo, formal e teoricamente, autonomizou-se do direito material, no entanto, não completou na íntegra esta transição, em termos de legislação ou, mesmo, na mentalidade dos operadores do Direito. Logo, não nos parece inadequado ainda falar-se em autonomia, sobremaneira, a autonomia da qual falamos no presente trabalho, a qual desvincula o processo, por completo – sobremaneira da expressão “mero” instrumento – do direito material.**

⁹⁴ Vide OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹⁵ Vide CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20-21.

Ademais, a *instrumentalidade proposta* Cândido Rangel Dinamarco, ao que parece, degradou-se nos dias atuais em algo que se passou a rotular de “*mera*” *instrumentalidade*, vale dizer, colocando-se o processo como uma simples *ferramenta* a serviço do direito material.

Em verdade, sem aprofundarmos demais a crítica em razão dos limites a que se propõe o presente trabalho, nos parece que, a rigor, nos encontramos neste momento exatamente entre a transição de um modelo processual *já superado*, e outro modelo novo, **ainda por ser incorporado e densificado, mas que ainda não se mostra, de todo, pronto e acabado.**

Calha nesta altura, por demais, a observação de Ovidio Araújo Baptista da Silva

É esta contingência crucial em que nos achamos, que impõe, como diz Wallerstein, como uma tarefa inadiável, a necessidade de ultrapassarmos o sistema, rompendo as amarras que nos aprisionam, como forma de preservar a instituição jurisdicional, como um valioso instrumento para a construção de uma verdadeira democracia política. Porém, como haveremos de fazê-lo? **Esta saída, a nosso ver, ainda não foi estabelecida ou, pelo menos, não aparece com a suficiente nitidez que a faça superar o reino da pura utopia.**⁹⁷ (grifo nosso).

Tal observação parece-nos ser de extrema utilidade. Note-se que é consenso entre os processualistas que *há evidente superação de um modelo clássico de processo*. Há inclusive *preconceito* no momento em que se fala em *relação processual* (eis que não se tarda em pré-julgar de que se estaria a tomar a expressão *no mesmo sentido proposto* por Oskar Bülow) ou em *instrumentalidade* (eis que não se tarda em acusar que então, trata-se de seguir-se a teoria de Cândido Rangel Dinamarco).

O que para nós resulta claro, no entanto, é que os **modelos clássicos** de *processo mencionados nos itens precedentes do presente trabalho*, **embora inadequados** para o **atual estágio** do Direito, tinham contornos e **premissas bem delineadas** (para um Estado Liberal). Conseguimos fazer ruir os modelos anteriores e já sabemos com clareza o que o processo *não deve ser*.

No entanto, ainda não temos – em nosso modesto sentir – uma teoria geral do processo *para o atual estágio civilizatório*, **que tenha atingido os contornos precisos e objetivos que as teorias anteriores lograram alcançar para os estágios civilizatórios para o qual foram concebidas**. Note-se pois, a grande missão que incumbe aos processualistas da atualidade.

⁹⁷ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 298.

3.3 A NECESSÁRIA SEPARAÇÃO DO PROCESSO DO DIREITO MATERIAL E A RELEITURA DA SUA FUNÇÃO – ESTABELECIMENTO DE *COMPROMISSO* ENTRE *PROCESSO E DIREITO MATERIAL*, *NÃO DEPENDÊNCIA OU (MERA) INSTRUMENTALIDADE*

Em verdade, por razões de rigor científico, é de boa técnica separar-se os fenômenos que sejam distintos a fim de melhor compreendê-los. Nas palavras de Francesco Carnelutti

[...] o fenômeno jurídico, como fenômeno químico ou o físico, tem que ser decomposto, ou seja, reduzidos a pedaços, com o fim de o conhecer. O que se disse além disso, senão já ao reino das quimeras, pertence ao reino das ilusões⁹⁸.

Tal enunciado, bem explica a necessidade de separação do *fenômeno processual*, daquele outro, distinto, que ocorre no plano do *direito material*.

A questão da autonomia total do plano processual do (plano do) direito material que agora se irá tratar, **jamais deve ser confundido com descompromisso do processo para com direito material.**

Estariam, na verdade, *processo e direito material*, como *coração e pulmão* para o ser humano. Não se pode dizer, sem grave ofensa ao conhecimento científico, de que *coração e pulmão sejam a mesma coisa*. No entanto, não há vida na falta de um deles. Hão de trabalhar em sinergia e sincronia, sem significar que sejam a mesma coisa, ou ainda, de que um se sobreponha ao outro. Sem olvidar, no entanto, que o corpo precisa de ambos.

Em verdade, da forma como sustentamos o tema no presente trabalho, nossa convicção é que tanto mais autônomo e desprendido – para a sua existência – seja o *plano processual* do *plano* do direito material, mais eficaz será o processo e, portanto, maior será a sua capacidade de tutela dos direitos (materiais ou não) postos em causa.

Isto porque, ao autonomizar o processo do direito material – **deixando a posição de mero instrumento, para se tornar co-criador da solução para o caso** - se aplica viés antirrelativista, no sentido de impedir que sempre o direito material seja uma espécie de *corretivo ou referencial para o processo*.

Pequenos direitos materiais violados, de pouca importância financeira, pelo raciocínio de que o processo é so uma ferramenta do direito material aplicável ao caso, geram pouca “energia” processual na sua efetivação/realização (em razão de uma visão privatista do processo) e do sopesamento entre esforço e resultado. Afinal, de acordo com esta ordem de

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda. 1999. p. 66.

ideias, não se deveria utilizar de meios que, eles próprios, fossem de uma envergadura “superior”, ou levassem a adoção de meios e “energia” teoricamente superiores ao direito pleiteado. Há neste raciocínio, a presença de um Estado Liberal.

Em sentido contrário, deve-se vislumbrar no processo, um interesse *sempre voltado a concretização dos direitos – erigindo seus esforços de igual monta, seja grande ou pequeno o direito violado* – para o que necessário o seu desprendimento de uma *correlação referencial ou quantitativa* com o direito material. Isto porque há sempre uma dimensão pública, no que se poderia chamar de “interesse em aplicar-se o “justo”. Esta última visão, que poderíamos rotular como sendo de cunho *publicístico*, nos informa que ao processo não deve importar o “tamanho” do direito, mas sim, aplicá-lo pura e simplesmente.

Isto somente será possível quando o **direito processual for enxergado como um fim (no sentido de ser co-autor da solução e aplicação do direito ao caso) e não como um mero meio de aplicar um direito material que já existia, para o que o processo serviu apenas (e no máximo) para a sua reafirmação**⁹⁹.

Seria o processo, pelas doutrinas até aqui estudadas, uma espécie de “escravo teórico” do direito material: o senhor manda (direito material) e o escravo cumpre (direito processual). Se o direito material é sempre o referencial, à direitos de pouca monta segue-se proteção de pouca monta, uma vez que se estabeleceria entre processo e direito material, uma relação de ‘accessorium sequitur principale’, ou quiçá, de constantes checagens de proporcionalidade entre um e outro. Pela nossa proposta, substitui-se o paradigma do direito processual ser sempre tolhido pela dimensão do direito material posto em causa. Deixa pois o direito material de ser um limite ou um limitador, passando a ser um elemento *informativo* para o direito processual. É necessário pois que ambos dialoguem com forte laço de compromisso, não podendo no entanto, um se sobrepor sobre o outro, o que geraria a já mencionada relação de acessório/principal ou de servo/senhor que

⁹⁹ A fim de que não se gerem dúvidas a respeito de nossas afirmações de “fins e meios” a alusão a que fazemos de que o processo não é apenas um meio para a aplicação do direito material, se reveste de duplo enfoque: a) o processo, por nós tido como um fim, não é idealizado como um fim diferente daquele fim que se almeja ao direito material, ou seja, o “fim” de ser correta e eficazmente aplicado, gerando com isso uma consequência. O processo é temporário, talvez por isso não se lhe reconheça ser um fim. No entanto, tal conclusão é equivocada, pois também o direito material não é perene, talvez sequer dure mais do que a duração do próprio processo; b) o direito como todo é um meio e não um fim. Se entendemos o direito como *disciplina da convivência*, cujo objetivo não é outro senão de pacificação social, ou quiçá, pelo menos de uma vida social possível e minimamente regrada, também assim o direito não seria fim, senão meio para alcançar tal resultado. Seja qual for o resultado almejado, o direito é um meio para obtenção de tal resultado. Neste sentido observe-se que *“Ciertamente, el Derecho tiene un fin, pero es un fin mínimo, un fin intermedio, un fin que tiene valor instrumental en cuanto sirve de condición previa para conseguir otros fines”*. BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho**. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 259.

entendemos com totalmente inadequada para os desafios que o direito já enfrenta e continuará a enfrentar no século XXI.

Ademais, construindo-se a autonomia – não descompromisso - do *direito processual em face* do direito material da forma como aqui proposta, permite-se sustentar a necessidade de *obediência a deveres de conduta* que se lastreiam, exclusivamente, em obrigações *puramente processuais*. Sem necessidade de que estejam acoplados a um direito material que lhes dê sustentação.

Dito de outra forma: para que o processo, de fato, seja um instrumento apto a permitir uma *adequada solução ao caso concreto*, a obediência as *regras de processo* – aqui entendendo-se *processo* como o ato de se submeter ao Estado-juiz - deve se dar de forma rígida e estrita, não servindo como alibi para a sua desobediência o fato de terem as partes ou não, maior ou menor razão quanto as questões de fundo (ou materiais).

A observação acima feita se faz importante pois, embora já se conte mais de um século das lições que autonomizaram o processo como *ramo* autônomo do direito, há ainda veladas amarras que, arraigadas no imaginário ou no subconsciente dos operadores do Direito, continuam em atuação.

Adentra-se aqui em ponto medular do presente trabalho, pois não são incomuns a vinculação de aplicação de *sanções no plano processual*, a uma posterior verificação de se a parte sancionada, tinha – *no plano material* – razão para assim proceder.

Dito de outra forma, entende-se que o juiz só poderia multar (processualmente) o *réu que não cumpre uma ordem sua se*, ao final do processo, *se concluisse que, no plano do direito material, de fato, aquele “fazer” ou aquela ordem* que o juiz lhe determinou, viesse a ser reconhecida pela sentença (ou pela decisão final).

Ou seja, todas as determinações de cunho processual, somente poderiam se sustentar se - e unicamente se – *encontrarem ao fim do processo, um respaldo em algum direito material que lhe assegure*. Do contrário não irão subsistir.

Adotamos como premissa do presente trabalho, posicionamento diametralmente oposto. Inclusive, vislumbramos em tal posicionamento, que visa sempre supedanear qualquer ordem do juízo a um correspondente suporte no direito material, **resquício óbvio, evidente e incomodo, da teoria civilista da ação.**

O dever das partes se submeterem e cumprir o que determina o Estado-juiz, no curso de um processo, não deriva *do direito material invocado*, mas deriva de um corolário necessário da concentração do monopólio da jurisdição em nome do Estado.

Note-se que por paradoxal que possa parecer, tanto mais autônomo o plano processual, **mais forte se torna a proteção dos direitos materiais**. Isto porque, a conduta ao longo do processo – o que inclui o cumprimento das ordens judiciais – **deixa de ser relativizada – impondo cumprimento obrigatório de plano – deixando de ser vista como algo condicional, que pode ser temperada ou esmaecida pelo resultado da demanda caso o recalcitrante, coincidentemente, venha a ser considerado como o vencedor da causa**. Posto desta forma, a imposição das ordens judiciais ganha muito mais prestígio e força, preenchendo pois, a nosso sentir, um conceito moderno de *tutela processual efetiva*.

Observe-se que, como regra, só se fala em intervenção processual quando os direitos materiais estejam sendo violados ou ameaçados de o serem. Não há processo – exceto, segundo alguns, nos processos dito *objetivos* – sem lide.

A defesa do direito material violado não é feita *pessoalmente* através de força física pelo ofendido, mas sim requerida através da intervenção estatal (monopólio da jurisdição e vedação da autotutela).

Assim, se o objetivo é que tenhamos pronta defesa de direitos violados, temos de ter presente o dever de (pronta) *sujeição* às determinações emanadas do Poder Judiciário.

Aqui há dois caminhos possíveis, no entanto. Ou sempre se aguardará o fim de um processo para tomar-se qualquer providência *concreta e real* no mundo dos fatos, hipótese em que pelo lapso temporal, uma enormidade de direitos já terão perecido ou, permitiremos que o juiz atue, antes mesmo do fim do processo, ou antes mesmo de ter “*certeza*” sobre o direito aplicável, fazendo-o através de juízos de verossimilhança.

Nosso sistema – e de modo geral, o Direito universal como um todo – se inclinou pela segunda opção. A questão, no entanto, é se determinar se a parte estará *sempre obrigada a cumprir com provimentos judiciais de cunho provisório/temporário*? Dito de outra forma: será lícito admitir que a parte - argumentando que, no plano do direito material, tem *razão* e que provará isso na decisão final do processo - possa resistir a ordem judicial (tida por injusta)?

Embora pareça de conhecimento corriqueiro que as ordens judiciais devem ser cumpridas sem exceções, há um sem-número de casos em que embaralha-se a nossa doutrina, fragilizando esta premissa de cumprimento incondicionado das ordens judiciais e, portanto, ressuscitando – ou meramente revelando – **não se ter superado adequada e totalmente a fase da teoria civilista da ação. Se a “ação” não é apenas o direito à uma sentença, mas a tutela judicial efetiva, aqueles que ainda acreditam que o descumprimento de ordens ao longo do processo, são todos “absolvidos” por uma ausência de direito material, não fazem mais do que reviver o postulado da teoria civilista da ação.**

Tome-se por exemplo, como se verá mais detidamente no quarto capítulo, a questão das *astreintes*. O juiz fixa as *astreintes* para o descumprimento de um ordem judicial. O réu conscientemente a descumpre, deixando incidir as *astreintes* **sob o argumento de que será vencedor no processo** e, portanto, a ordem que sobre ele recai é na verdade injusta. Sobrevindo o fim do processo, o réu, de fato, vence a causa. Parcela considerável, senão majoritária da doutrina, se inclina em dizer que, nestes casos, *embora o réu tenha de fato descumprido a ordem judicial*, não deverá pagar as *astreintes* - eis que a ordem judicial era *injusta* - pois ao fim do processo, concluiu-se não haver direito *material* que socorresse o autor. Eis a teoria civilista da ação em todo o seu esplendor, gerando efeitos concretos ao processo em pleno século XXI!

Ora, sendo as *astreintes* um *método ou um meio* para forçar o cumprimento da obrigação, sendo portanto, *uma forma de execução indireta*, indaga-se: admitiria-se que o réu se negasse a permitir a entrada de um Oficial de Justiça no seu escritório, a fim de cumprir uma ordem judicial de busca e apreensão, *sob a alegação de que, ao final do processo, provará que tem razão? Admitiria-se a este réu o uso da força, para impedir o Oficial de Justiça de lá ingressar? E em caso de ordem de prisão. Admitiria-se que o réu enfrentasse fisicamente as forças do Estado, sob o argumento de que a prisão é injusta? Ou a opção pela civilização e pelo monopólio da jurisdição nos cobram o preço – pequeno – de que o enfrentamento ao Estado deve se dar **internamente ao processo, e não com o uso da força?***

Nossa concepção é que o processo – fenômeno sempre temporário – pelas graves consequências que possui, *impõe o dever do atendimento a deveres de conduta*¹⁰⁰, entre eles, *o de cumprir com as ordens do juízo*, ordens estas que se atrelam – **não ao direito posto em causa – mas ao dever de conduta perante o exercício da jurisdição. Que ao fim, resulta de nossa escolha pela civilização – através do monopólio da jurisdição – e não pela barbárie, pelo desforço pessoal e pela violência.**

Assim, não se torna lícita, nem desculpável, a infringência de qualquer ordem do juízo, bem como a violação de todos os deveres de conduta para com o processo, pelo simples fato da parte, ao final, demonstrar que – no plano material – tinha razão. Tais deveres – sustentamos – **descolam-se do plano material**, eis que a conduta das partes no manejo do “instrumental” processual, deve ser feito com respeito a rígidas regras de conduta, sob pena de dificultar, e muito, a marcha do processo sobremaneira a obtenção de decisões adequadas.

Temos pois de conseguir conceber, com serenidade, *o vencedor da ação que possa, ao mesmo tempo, ser vencedor e litigante de má-fé como ao, por exemplo, ter retardado*

¹⁰⁰ São deveres de conduta processual, por exemplo, todas aquelas elencadas nos artigos 14 a 18 do atual Código de Processo Civil.

injustificadamente a marcha do processo, ou ao causar incidentes infundados. Se não concebermos que o fato de ter razão, não significa a tolerância com condutas inadequadas durante o processo, não estamos conseguindo separar adequadamente os planos material e processual.

Observe-se que este proceder está de acordo com um moderno conceito acerca da postura do juiz. Note-se que

De outra parte, cabe ao juiz ‘participante’ reprimir a litigância de má-fé, pois, prevalecendo no processo o interesse público na realização da justiça, é dever do juiz evitar que procedimentos escusos tentem alterar o seu destino ou protelar o seu fim. Como é sabido, a evolução da teoria do abuso do direito no processo sofreu um golpe com o advento do liberalismo. Prova disso é ter o Código de Processo Civil francês, de 24 de abril de 1806, deixado de reproduzir as disposições sobre o abuso de direito que o precederam. Atualmente, o art. 18 do CPC dá expressamente ao juiz o poder de condenar, de ofício, o litigante de má-fé. **O juiz que não penaliza aquele que mal procede está, na realidade, penalizando aquele que bem procede, o que não só faz desmoronar a ideia de que o processo é um instrumento ético como, também, coloca em risco o princípio da isonomia no tratamento das partes**¹⁰¹. (grifo nosso).

Ou seja: *sanções processuais*, ancoram-se exclusivamente em deveres *processuais de conduta, cumprimento das ordens e obediência para com o juízo*. Tais deveres existem somente em razão da existência – e durante a duração - do processo e possuem natureza distinta e autônoma do *direito material posto em causa*.

Insista-se que entendidos os planos como acima os organizamos, deve restar fácil ao leitor conceber que, para nós, poderão conviver o autor *vencedor do feito* – eis que tinha razão no *plano material* - com a sua condenação por *contempt of court*, ou por litigância de má-fé, diante da violação, ao longo de processo, de deveres de *conduta* processual.

Mas como evitar que a autonomia do processo não possa se desvirtuar em um processo judicial que não atenda aos seus fins? Ou termine se bastando por si mesmo?

Como adverte Lenio Streck “É nestes momentos que os processualistas brasileiros – adeptos do instrumentalismo processual – acabem, implicitamente, dando plena razão a Habermas, quando este denuncia a colonização do mundo da vida pelo direito”¹⁰².

Devemos analisar a observação em parcelas. Primeiro porque, o que tanto o autor acima mencionado denuncia é o assim chamado *ativismo judicial*. Haverá tanto mais espaço ao

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 424.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22.

ativismo, **quanto menores e mais flexíveis forem as regras do processo**. Apenas para fins de raciocínio, em um processo sem regras, imperaria *o ativismo* na criação das regras procedimentais *para o caso*.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “O procedimento não é somente uma sequência de atos, mas especialmente uma conformação **do que pode e do que não pode ser feito pelo juiz e pelas partes**”.¹⁰³ (grifo nosso).

O que adotamos no presente trabalho é, justamente, uma postura em sentido oposto a fragilização de regras. Adotamos a postura de regras processuais de atendimento *rígido e incondicional*. Deixa o direito material, pois, de *ser fator de relativização* de tais regras. Ao autonomizarmos de vez o processo, *fechamos a interpretação para relativizações e não o contrário*.

Assim, ao *autonomizarmos* o processo em definitivo do direito material, *empregamos um raciocínio antirrelativista*, ou seja, *de que há regras processuais que não se prestam para relativizações - ou aplicação da assim chamada teoria das nulidades - eis se tratarem de regras cujo desatendimento, impede inclusive, raciocínios de ocorrência ou não de prejuízo*¹⁰⁴. É o que ocorre com todas as regras que determinam deveres de conduta, bem como aquelas que impõe o cumprimento de ordens judiciais.

Por fim mas não menos importante, em certa medida, após propiciar um ambiente apto e ético para a solução da causa, *deve (sim!) o processo, de certa forma e eficazmente, invadir “a vida”, eis que é seu escopo, causar alterações fáticas e concretas no mundo, e não de apenas produzir meros enunciados jurídicos*.

Também para isso, no entanto, o respeito às regras do processo, deve se dar de forma estrita, a fim de evitar, por um lado, a ocorrência de abusos, e por outro, a eventual perda de autoridade do poder judicante, diante de uma eventual fragilidade na concretização dos direitos.

Assim, na nossa concepção, as regras processuais assumem não uma dimensão de *instrumentalidade* no sentido de ser ele *servil* ao direito material. Passa o processo a ser garantidor das *condições de possibilidade para encontrar-se a melhor solução em juízo, garantindo – pelas regras de processo e pelas sanções processuais – um ambiente ético para o desenrolar da contenda*. Este “ambiente ético” que mencionamos, passa a ser o objeto de análise do nosso próximo capítulo, o qual é central para a compreensão do que estamos propondo no presente trabalho.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231.

¹⁰⁴ O que não significa dizer que não existam regras processuais capazes de sofrerem adequada aplicação do *pas de nullité sans grief*.

3.4 DO PROCESSO COMO UM “AMBIENTE ÉTICO” COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA OBTENÇÃO DE RESPOSTAS ADEQUADAS - O PROCESSO COMO SISTEMA COMPLEXO E A NECESSIDADE DE SE AFASTAR DE TAL SISTEMA POSTURAS INDEVIDAS

Ponto central para a compreensão do que aqui vai proposto, é entendermos que *o processo* como um todo, possui duas metades indissociáveis: a) uma já classicamente identificada, que é de ser um *meio* eficaz da aplicação do *direito do caso concreto*; b) outra - esta ainda na penumbra - e talvez tendo (frise-se: talvez!) alguma semente no que se chama de *elemento ou fator integrativo do processo* - onde deve ser *o processo o ambiente adequado para se encontrar a adequada solução (ou direito) do caso concreto*.

A primeira das duas funções, se identifica com a chamada *fase da instrumentalidade* de Cândido Rangel Dinamarco. Isto porque, a dimensão que Cândido Rangel Dinamarco enxergava no processo, era a de *um eficiente meio para garantir a eficácia e implementação dos direitos materiais*. Ocorre que não nos parece que o processo seja apenas isso; nem de que seja primeira e precipuamente isto.

A segunda, essencial a um Estado Democrático de Direito, ainda carece por ser aprimorada/concebida, sendo que nossa intenção é apenas fornecermos nossa opinião acerca do que ainda deve ser construído. É essa segunda função, a de *criar o ambiente propício para a construção/produção do direito do caso concreto, ou para a obtenção da(s) resposta(s) correta(s), bem como – e esse ponto é relevantíssimo - para a reprodução em juízo, do fato em relação ao qual se pretende que o direito incida*.

Nossa proposição de absoluta desvinculação do *direito material/processo* nasce, como já visto, da essência absolutamente distinta dos direitos materiais - abstratamente enunciados - e dos direitos processuais, *que tendo de lidar com os fatos concretos e reais da vida*, encontra pela frente, todas as mazelas humanas, que tornam extremamente difícil o ato de “dizer” o direito.

Justamente esta dificuldade em “dizer” o direito - talvez dificuldade ainda maior de *reconstruir-se o fato sobre o qual o direito irá se pronunciar* - pode ser facilmente ainda mais dificultada, senão obstaculizada, pelo mau comportamento das partes em juízo.

Esta circunstância - inerente ao monopólio da jurisdição pelo Estado - qual seja, **de exigir que um terceiro tome conhecimento de fatos que não presenciou** e os reproduza/compreenda com a maior precisão possível - a fim de julgá-los -, **é incompatível com comportamentos que não devam estar rigorosamente alinhados com um estrito dever das partes para com o juízo e uma para com a outra**.

Descolam-se estes deveres, do fato de ter ou não a parte razão quanto ao mérito da causa. No momento em que o Estado passou a deter a jurisdição, com a consequente dificuldade do julgamento da causa por um terceiro/juiz – que é distante do fato (o que é bom, por ensejar imparcialidade, mas ruim, por propiciar distorções na reconstrução do ocorrido) – impõe-se a obediência de deveres de conduta, *exigíveis apenas no plano processual*.

Ou seja, durante a duração do processo, não importa a qualidade do direito material invocado; há a necessidade de observância de regras de comportamento e obediência ao juízo, regras estas que – aqui o ponto central - **sustentamos que se descolam do direito invocado no processo, e repousam somente no plano processual, como condição de possibilidade para a adequada aplicação do direito.**

Assim, quando um juiz, no curso de um processo, determina a que a parte faça algo, há um dever incontornável em respeito a obrigações de cunho puramente processual, de que a parte atenda ao determinado, pouco importando se *no plano material*, sejam sobejos os elementos que, talvez, a desobrigassem a cumprir com o determinado. **A insurgência as ordens do juízo, deve se dar internamente ao processo – mediante recurso – jamais fora dele, resistindo ao seu cumprimento.**

O processo – que sempre terá início e fim – impõe, durante a sua duração – tal qual ocorre com normas de natureza temporária – o dever ao seu atendimento, ainda que normas (ou decisões) posteriores possam se apresentar em sentido diverso.

Assim, nossa postura se afasta por completo da “mera” *instrumentalidade*, uma vez que não concebemos o processo como sendo *ferramenta* para aplicação do direito material, mas sim um *locus* onde regras preestabelecidas já estão dadas (regras processuais/procedimentais) **como forma de garantir um ambiente ético** (para o que corroboram as sanções processuais) **onde o direito material – juntamente com o fato sobre o qual irá incidir, e juntamente com a participação das partes - será por assim dizer, desvelado, ou construído ao caso trazido a juízo.**

A insistência na observação acerca da ética, não é demasiada. Vale aqui a advertência de Rui Stocco de que

[...] proliferam os mal-intencionados e aqueles que, para obter indevida vantagem, banalizam o Direito, desrespeitam as regras morais de conduta e buscam o resultado a que preço for, ainda que seja através da fraude, da má-fé e do engodo. Resgatar a ética no processo é obrigação de cada um e de todos¹⁰⁵.

¹⁰⁵ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

Agora note-se: direito processual e direito material se interpenetram. Não pode o juiz, a pretexto do processo, conceder *o direito material a quem não o tem. Agora, o revés terá de ser verdadeiro; todos, tenham ou não razão, devem se portar de forma preestabelecida diante do processo – deveres processuais de conduta – a fim de permitirem a construção de respostas adequadas*. O respeito as regras de processo – uma vez autonomizarem-se do direito material – é, insista-se no ponto, imposição para qualquer das partes, tenham ou não razão quanto ao mérito da causa.

Aliás, se a solução há de ser construída *durante o processo*, como poder-se-ia admitir que, alguém, de antemão *estaria autorizado a desobedecer tais regras, segundo as quais, ao final, se irá construir a resposta para dizer-se se, tal indivíduo, tinha ou não algum direito?*

Esta ideia da construção – sobremaneira em conjunto com as partes – do direito aplicável ao caso, remete a um modelo de jurisdição condizente com o atual estágio de desenvolvimento civilizatório. Nela o *processo* passa a ser co-autor da construção do direito aplicável ao caso, passando a ter **função integradora** com o direito material. Neste sentido, observa-se

Esta insulação foi superada e a ideia de procedimento tornou-se determinante na evolução do direito público na última década, e a participação procedimental passou, ela mesma, a ser um direito fundamental. A ideia de procedimento faz-se indissociável dos direitos fundamentais, mas a participação no e através do procedimento já não é tanto um instrumento funcional a democratização mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora o direito material. O direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjetivo material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes se reconduz a uma relação de integração¹⁰⁶.

Sobre esta função integrativa do *processo* observe-se que

[...] não podemos concebe-lo (o processo) como uma simples aplicação do direito objetivo (quicá do direito material), como se não integrasse o próprio direito em litígio. Não pode esquecer que a cognição judicial forma-se pelo processo e no processo, com todas as limitações e contingências que lhe são ínsitas. As regras de direito objetivo existentes no ordenamento jurídico são gerais e abstratas. Seria ingenuidade acreditar que o juiz simplesmente utiliza o processo como um método para verificar se tais normas incidem sobre um dado caso concreto (circunstâncias fáticas) dizendo o direito, que já seria pré-

¹⁰⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 77-78.

existente ao momento processual, como se estivesse ‘entificado’, como se fosse uma coisa dada por si mesma¹⁰⁷.

Parece-nos pois evidente, que se a construção (ou a *produção!*) da *solução para o caso*, se dá *dialeticamente entre partes e o juiz* o “ambiente” em que tal construção/produção se dará, deve se dar sob rígidos limites – éticos – a fim de que seu resultado final não seja distorcido.

Note-se a lição de José Joaquim Calmon de Passos

Ontologicamente (diria melhor, onticamente) portanto, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é sentido e significação que os homens emprestam a determinados atos seus, para ter atendida certa imprescindível e específica necessidade da convivência social. Daí, com manifesto propósito de causar impacto, costumar dizer que o Direito não é sólido, nem líquido, nem gasoso. É desprovido de estrutura atômica ou molecular, incapaz de ser compreendido, portanto, como animal, vegetal ou mineral. Consequentemente, não nos é dado como Natureza, nem o homem pode criá-lo em termos de produto. Isso afirmo para conscientizar as pessoas de que o Direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) mas sim elaborado pelo homem, mas incapaz de reificação – tornar-se produto -, só existindo enquanto produzido. É sempre resultado do agir comunicativo dos homens, um fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade, jamais se reificando, jamais se entificando, dissociado do processo de sua produção porque jamais dissociável do querer humano, tanto para ser enunciado quanto para ser aplicado.¹⁰⁸

Este ambiente ético para a construção da solução para o caso - que por suas características só existe *no processo* – deve ser resguardado pelas *sanções processuais, autônomas*, cujo escopo não é outro senão de *garantir os preceitos de conduta processualmente exigíveis*.

O processo, nessa dimensão, assume a condição de via ou conduto de participação e não apenas de tutela jurisdicional. Além de instrumento da jurisdição para a tutela dos direitos na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo passa a ser instrumento para que o cidadão possa participar em busca da realização e da proteção de seus direitos fundamentais e do patrimônio público.

Ou melhor, o processo, nessa perspectiva, mais do que instrumento do poder, é instrumento para a participação no poder, contribuindo para a otimização da participação do povo ou, em outros termos, para democratizar a democracia através da participação.¹⁰⁹

¹⁰⁷ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O processo judicial como elemento integrativo do direito litigioso. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria geral do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 80.

¹⁰⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 439.

A questão para que se deva garantir um “ambiente” processual o mais *ético* possível a fim de se encontrar uma resposta adequada ao caso, ganha maior importância quando analisamos o processo sobre o conceito de *sistema complexo*¹¹⁰. Tal conceito, na concepção que o adotamos, se identifica com aquele sentido que lhe é dado pela física moderna, no âmbito do estudo da *teoria do caos* onde, em um sistema de tal tipo, *há várias interações entre os efeitos de um ato e as consequências que dele derivam, consequências estas que são causas de outros atos que por sua vez, derivam novas consequências. Sistemas assim construídos – e o processo é um deles - resultam na circunstância onde pequenas variações no sistema, podem provocar grandes distorções no resultado final (fenômeno chamado de sensibilidade as condições iniciais)*¹¹¹.

A nosso sentir – e aqui nos permitimos anotar que há muitos anos temos estudado tais teorias da física e sua relação com o sistema do processo – parece-nos evidente que o processo se amolda como um sistema onde, pequenas variações em seu início – por exemplo – implicam em grandes variações no seu resultado, não se mantendo pois a lógica de uma “física clássica” dos sistemas dito *lineares*, que prenunciava que pequenas alterações em um sistema, resultam em pequenas variações de resultado.

Pois bem. Feito este registro – que não iremos alongar em razão de não ser o objeto do presente trabalho – reitere-se que, de fato, um processo judicial constitui-se de inúmeras interações entre atos de seus agentes e das suas diversas fases. Ao se variar esta sequência de atos, vai se variando a *sorte* final do resultado do processo. Não nos parece como isso poderia ser diferente; bem como não se pode dizer de antemão, qual o resultado que a variação produzirá. Note-se, pois, se estar diante de um *sistema complexo*.

No entanto, há que se blindar ao máximo um sistema deste tipo da prática de atos indesejáveis – quicá ilícitos – eis que – **e este é o ponto – em um sistema complexo, não se consegue determinar com precisão, todas as consequências de uma alteração no sistema, em razão das várias interações que de um único ato decorrem**. Assim, as sanções processuais ocupam papel fundamental, ao tentar garantir que a resposta obtida do processo, seja criada apenas com “interações” válidas, expungindo aqueles indesejáveis ou ilícitas.

¹¹⁰ Sistemas Complexos apresentam padrões de interação que não são inteiramente regulares (como casas de um tabuleiro de xadrez), nem inteiramente irregulares (como traços aleatórios). UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Mestrado em Modelagem de Sistemas Complexos. **O que são sistemas complexos?** São Paulo, [2014]. Disponível em: <<http://each.uspnet.usp.br/sistcomplexos/PageFAQ.html>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹¹¹ Para uma introdução a tais temáticas, vide entre outros GLEICK, James. **Caos**: a criação de uma nova ciência. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

No âmbito do estudo de tais sistemas complexos, *essas interferências indevidas e indesejadas no sistema – e que invariavelmente influenciam nos seus resultados – são chamadas de ruídos*. Pois transportando-se o exemplo da física teórica para o sistema do processo, pode-se dizer que, dentre os muitos possíveis *ruídos* a influírem no processo, aquele que não podemos deixar atuar, é o da falta de ética no procedimento, sendo um dos escopos do processo, da forma como o concebemos, realizar esta filtragem de *comportamentos e posturas indevidas ao longo da “construção” da solução/resposta adequada*.

A fim de não deixar o enunciado no plano apenas da (meta)física, devemos trazer um exemplo. O juiz determina ao réu um *não fazer* – por exemplo, não modificar um muro cuja construção está *sub judice* - sob pena de incidirem as *astreintes*. O réu *viola a ordem alterando o muro, gerando pois, a incidência das astreintes*. No nosso exemplo, ao final, o réu ganha a causa, julgando-se a ação improcedente, e portanto, de acordo com (a nosso sentir, lastimável) corrente majoritária, ficaria o réu liberado de pagar as *astreintes*.

O ponto que nos assalta é que, se estando diante de um sistema complexo, não se sabe o quanto o *fato do réu ter alterado o muro, pode ter modificado a prova e, portanto, alterado o desfecho do processo*. Talvez tenha ganho o processo por ter assim procedido e prejudicado a prova! Um sistema complexo pode esconder a proibição de alguém se valer da própria torpeza.

Descobrir-se as interações de um sistema complexo beira (senão invade) o insondável tornando impossível se chegar a conclusões absolutas. No entanto, ao revés, não se pode desconhecer que isto existe e que o resultado delas são impossíveis de prever. Razão pela qual, *não se pode tolerar que o resultado final absolva o descumpridor das ordens, justamente por não se saber com exatidão, o quanto que sua conduta recalcitrante, ao violar o “ambiente ético” para a construção da solução do caso, foi o fator determinante para o resultado do processo a ele favorável*. **Não se pode admitir como conduta aceitável o enfrentamento (que não recursal ou interno ao processo) da ordem judicial.**

Necessário pois que se autonomize as sanções processuais, punindo a conduta ilícita (alterar o muro, no caso do exemplo) a qual não será “absolvida” pelo resultado do processo, como adiante trataremos com mais vagar.

Certo é que temos de analisar os aportes de todas as ciências que possam contribuir para o fortalecimento e o aumento do grau de *precisão* do processo na obtenção de *melhores* respostas para o caso que se lhe apresenta, unindo forças e aportes teóricos a fim de que se possa fugir da arguta advertência de José Joaquim Calmon de Passos que ao comentar a atividade de advocacia no Brasil, em razão dos descompassos da “*máquina processual*” a ela

se referia como algo “[...] *cada dia mais próxima de algo tão aleatório que se avizinha do exercício do jogo e da aposta*”¹¹².

Isto tudo acima teorizado e exposto tem por objetivo manter – ou construir - um ambiente marcado pela eticidade na construção da solução do caso concreto, blindando-o, o mais possível, de condutas indesejáveis, maliciosas ou mesmo ilícitas, cujo impacto na solução final do caso é de muito difícil joeiramento ou constatação. Vital pois, que se afaste de tal *locus* tudo que seja indesejável, o que só pode ser feito pela existência concreta, autônoma e firme das sanções processuais que, por sua vez, só podem existir no momento de total autonomia do *direito processual*.

¹¹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 114.

4 APLICANDO OS CONCEITOS TEÓRICOS (PARTE II): CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS AO PRESENTE CAPÍTULO

Como demonstramos nos capítulos precedentes, as *sanções* são uma técnica utilizada para a garantia (senão *garantia*, quiçá, um *reforço*) no cumprimento dos preceitos jurídicos.

Tendo portanto a intenção de impactar sobre o *comportamento* do indivíduo, inibindo determinadas condutas e incentivando outras, as sanções invadem, inadvertidamente, searas para além do jurídico, uma vez que o comportamento do homem é objeto de inúmeros estudos e ciências que não apenas o Direito.

Demonstramos pois, a total afinidade do estudo das *sanções* com as teorias sobre o comportamento humano, uma vez que, mesmo de forma inconsciente, nosso processo *de tomada de decisão* carrega consigo uma bagagem cultural, ligado de modo geral as nossas *experiências*.

Este processo humano de *decisão* entre realizar o comportamento adequado – previsto pelo ordenamento – ou outro não adequado, está umbilicalmente ligado a questão das *sanções*, que por sua vez, talvez interesse – como ferramenta determinante de comportamentos - até mais à outros ramos do conhecimento do que propriamente ao Direito. O modelamento do comportamento através do binômio *prazer/sofrimento*, é objeto de décadas de estudo pela psicologia, e não difere em nada, em essência, do que buscam fazer as *sanções premiaias* ou *punitivas* em nosso ordenamento.

O processo de tomada de decisão é, assim, em um grande número de vezes, bastante instintivo no sentido de ligar-se a mecanismos cerebrais bastante básicos e primitivos.

Pois bem. Feito este apanhado de ideias que estão lançadas no segundo capítulo do trabalho, importante se faça um rescaldo do quanto sustentado no terceiro capítulo¹¹³, como forma de melhor orientar o leitor na análise do quarto capítulo que ora se inicia.

¹¹³ Por razões de enquadramento do presente trabalho as normas da ABNT, informamos ao leitor que, a fim de que a dissertação tivesse um raciocínio lógico, lastreado em, primeiramente, fixar-se premissas teóricas para, ao depois, colocá-las a prova, havíamos dividido o trabalho – e assim o mesmo foi apresentado perante banca examinadora – em duas partes: a primeira delas, composta dos atuais capítulos II e III e, uma segunda parte, que corresponde ao atual capítulo IV. Puramente por razões de enquadramento nas normas da ABNT, o trabalho teve de ser cindido em cinco capítulos, afastando-se o raciocínio metodológico inicial de dividi-lo em duas partes. No entanto, em homenagem a coerência inicial da construção do trabalho, bem como por exprimir a forma original como o mesmo foi defendido perante banca examinadora composta por expoentes professores, faz-se tal registro como uma homenagem a “honestidade” da forma inicial do trabalho, rogando ao leitor que entenda os capítulos II e III como uma única parte (daí porque sinalizamos no título – “PARTE I”) contendo “premissas teóricas introdutórias” - e tendentes a lançar novos postulados e novos olhares sobre o tema. E por fim, entenda o leitor o capítulo IV, como uma “segunda parte” (daí porque sinalizamos no título – “PARTE II”) onde as postulações iniciais são postas em teste, colocando-as em contato com o ordenamento jurídico e com os fatos concretos e reais da aplicação do direito.

Buscamos no terceiro capítulo sustentar a possibilidade e, mais do que possibilidade, a conveniência da existência de sanções *puramente* processuais. Ou seja, sanções que existam – única e tão-somente – no plano processual, por decorrência da instauração de um processo judicial.

Para tanto, tivemos de defender a conveniência e atualidade da existência de um *processo* que em nada *derive ou tenha origem em* um direito material subjacente. Falamos em *autonomia* do processo, que em nada deve significar *descompromisso* com o *direito material*.

Por outro lado, uma vez demonstrada a *autonomia* do processo, desnecessitando de qualquer direito material prévio que lhe autorize a existir, passamos a demonstrar a conveniência da existência de sanções *puramente processuais* como forma de impor *deveres de comportamento e conduta diante de um processo judicial*.

Deveres estes que – por serem processuais e portanto não se vincularem a nenhum direito material subjacente ou preexistente – impõe observação compulsória por qualquer das partes, *tenham elas ou não razão quanto ao mérito da demanda*. Cuida-se, portanto, de sanções que pretendem impor um padrão de conduta, de postura, eminentemente *ético*, no curso de um processo judicial.

Lançadas – ou melhor, revisitadas – estas premissas, mister que se faça o elemento de ligação para o quarto capítulo do presente trabalho, capítulo este onde se saltará, das premissas puramente teóricas lançadas nos capítulos precedentes, para o direito aplicado, prático e concreto.

Podemos até nas linhas vindouras, sermos acusados de um excesso de pragmatismo ou de dogmática jurídica. Mas, antes de mais nada, nossa intenção é dar um recorte ao presente trabalho que ligue premissas teóricas – inclusive de ciências outras, *v.g. economia e psicologia* – perpassando por premissas de alta indagação jurídica teórica (autonomia, instrumentalidade, “ambiente ético”) até chegar-se ao direito aplicado, do caso concreto. A insistência em ligarmos *teoria e prática* se deve na nossa firme crença de que um direito que não é estudado com vistas a sua aplicação é um direito morto, sem energia, que não merece grande – talvez nenhuma – celebração.

Assim, como forma de impor-se um recorte metodológico ao presente estudo, optamos por escolher as *astreintes* como o instituto jurídico a ser objeto de “teste” de nossas premissas teóricas que fixamos para o estudo das sanções processuais.

Aqui, temos de fazer uma justificativa e uma observação: a primeira, é a razão de termos escolhido o instituto das *astreintes* como elemento para o cotejo das teorias veiculadas nos capítulos precedentes. E nossa escolha do fascinante mecanismo das *astreintes* se deve, justamente, por ser ela – talvez - a mais complexa de todas *as sanções processuais*.

Sem dúvida, nenhuma das outras sanções processuais possíveis de serem estudadas, como por exemplo, *o contempt of court* (que tem um símile no artigo 14 do atual CPC¹¹⁴), os dispositivos relacionados a litigância de má-fé (artigos 17 e 18 do atual CPC¹¹⁵) ou ainda, os dispositivos que sancionam os atos *atentatórios a dignidade da justiça* (artigo 600 e seguintes do atual CPC) tem tamanha complexidade teórica e prática como o instituto das *astreintes*. De certa forma, sendo operáveis nossas proposições para as *astreintes*, facilmente terão trânsito nos demais institutos que revelam outras *sanções processuais*.

Por outro lado, *nenhum dos institutos acima elencados*, apresenta uma amarra tão forte com o direito material como as *astreintes*, sendo que, nos compete a ousada tarefa de desvinculá-la do direito material e, mais do que isso, demonstrar a conveniência de assim fazê-lo.

Feita a justificativa acima, nos compete agora repriminar uma observação. Importantíssimo ao leitor atentar que *não tomamos no presente trabalho a expressão astreintes* como um símile direto do Direito Francês.

Com efeito, quando nos referirmos as *astreintes*, não estamos nos referindo as *astreintes da França*. Exceto quando se faça alguma menção das *astreintes na França*, o sentido que empregamos doravante a expressão *astreintes* é aquele que vem se consagrando, sobremaneira na prática do foro e na jurisprudência, como *medida judicial coercitiva, meio de execução indireta, aplicável de forma acumulativa, tanto mais seja o lapso temporal de renitência do devedor*.

Poderá o leitor portanto criticar-nos em virtude de utilizarmos o nome de um *instituto nascido na França*, mas não se referindo diretamente a tal instituto, tal qual concebido no Direito Francês. Esta observação da “importação” de *nomes de institutos*, relevando a sua inconveniência, fora ressaltada por Guilherme Puchalski Teixeira, onde o

indesejável costume de importar-se a nomenclatura de institutos estrangeiros (*astreintes, contempt of court*, dentre outros) sempre cercados de peculiaridades que os afastam do similar nacional, que além de causar certa confusão, em nada contribui para o desenvolvimento do Direito enquanto ciência, pois institutos diferentes - conquanto similares – acabam recebendo a mesma nomenclatura.¹¹⁶

¹¹⁴ Com símile no artigo 77 e seus parágrafo do PL n. 8.046/2010 e no artigo 80 do PLS 166/2010. Embora se tratem de redações mais completas do que a do atual CPC, talvez o ponto mais relevante seja que, na redação do PLS 166/2010, a *multa processual* deveria ser paga no prazo fixado pelo juiz e no PL 8.046, na esteira do atual CPC, continua a exigir o trânsito em julgado da decisão.

¹¹⁵ Com disposição similar nos artigos 80 e 81 do PL n. 8.046/2010 e nos artigos 83 e 84 do PLS 166/2010.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 159.

Mantivemos, porém, a nossa proposta de nos referirmos ao instituto da multa coercitiva brasileira como *astreintes*, pois evidentemente, discordamos da opinião acima transcrita.

Primeiro porque a expressão *astreintes* encontra-se arraigada ao instituto da multa processual coercitiva – no Brasil - como nenhuma outra expressão similar. Não se consegue, com nenhuma outra palavra, expressar ao leitor uma ideia tão clara daquilo de que se está falando.

Em segundo porque, cuida-se de expressão já incorporada ao jargão nacional, não como sinônimo da *multa francesa*, mas como expressão também sinônima da “nossa” *multa coercitiva*, atualmente prevista no artigo 461¹¹⁷ e seguintes do Código de Processo Civil,¹¹⁸ além de em outros dispositivos legais¹¹⁹, cuja análise, por questão de corte metodológico, não faremos no presente trabalho.

E por fim, em terceiro, porque não nos impressiona o argumento de que institutos jurídicos, uma vez que tenham diferenças de país para país, devam receber em cada um, um

¹¹⁷ Como faremos insistentes referência ao artigo em questão, a fim de facilitar a consulta do leitor, convém seja o mesmo transcrito na sua íntegra:

“Art. 461 do CPC - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994)

§ 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 07/05/2002)

§ 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 07/05/2002). BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

¹¹⁸ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002)

§ 1º - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002)

§ 2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002)

§ 3º - Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002). BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

¹¹⁹ Como por exemplo, no Artigo 84 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); no artigo 52, V da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) e no Artigo 11 e seguintes da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública).

nome diferente. Ora, assim fosse, por exemplo o instituto da *prisão em flagrante* deveria ter um nome diferente em cada país do mundo, em razão de que por certo, cada diferente sistema jurídico lhe dá um diferente tratamento embora haja, sempre, uma base *comum*. Ora, havendo uma base comum - que no exemplo é o fato em sí, de se tratar de uma *prisão em flagrante* - parece-nos inclusive normal que cada país dê contornos ligeiramente diferentes ao instituto. Poder-se-ia citar outros tantos exemplos de institutos e nomenclaturas jurídicas como *apelação*, *cassação*, *contestação*, todos eles processuais, a existirem em diversos locais do mundo, com a mesma nomenclatura, mas, em cada um, com contornos diferentes.

O mesmo ocorre com as *astreintes*, onde inexistente expressão similar no Direito Brasileiro que exprima, com tanta precisão e de forma inequívoca, de qual instituto se está a tratar. E no nosso caso, nas páginas vindouras, trataremos das *astreintes* como são e como poderiam (ou deveriam ser) aplicadas no Brasil.

4.1 BREVES NOTAS HISTÓRICAS E DE DIREITO COMPARADO DO INSTITUTO DAS ASTREINTES E DA QUESTÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

Com sucessivas reformas processuais que tiveram seu início na década de 90 e se estenderam praticamente até a data presente - onde já se passa a falar em nova codificação que virá - o ordenamento processual Brasileiro passou a contar com novos mecanismos que, como regra, visavam modernizar o *procedimento* tendo por escopo indisfarçável aprimorar a *celeridade* na entrega da jurisdição.

Entre estas importantes modificações, vieram regramentos aptos a garantir a *tutela específica* dos direitos, afastando-nos de um gabarito histórico onde *descumprimentos de obrigações de fazer (ou não fazer)*, resolviam-se sempre em *perdas e danos*.

A concepção do artigo 461 e seguintes do Código de Processo Civil continha a engenhosa construção - que lhe desgarrava fortemente da sentença condenatória, típica para a tutela de créditos e, também, típica para julgar os casos de *perdas e danos* - de conter *ordem do juízo*, destinada *diretamente ao obrigado*.¹²⁰

¹²⁰ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 156.

Esta *ordem* do juiz ao obrigado colocava as *escancaradas* a adoção de uma decisão de eficácia *mandamental*¹²¹ para a tutela das *obrigações de fazer, não fazer*, e ao depois, também estendida para as obrigações de *dar*, cuja eficácia, no sentido da *concretização dos direitos*, mostrou-se com o passar dos anos infinitamente superior aos dos mecanismos judiciais disponíveis para tutelar a *sentença condenatória*.

Como forma de garantir o cumprimento da ordem – ou da decisão mandamental – o sistema lançou mão, fundamentalmente, do mecanismo da multa diária – talvez melhor seria dizer *multa por fração de tempo* ou ainda, nos termos do próprio artigo 461, §5º, *multa por tempo de atraso* – cujo objetivo não é precipuamente punir o obrigado, senão, *obrigar-lhe a se curvar à ordem do juízo*.¹²²

¹²¹ Há aqui um importante aspecto a ser destacado. Primeiro, desde logo, devemos adiantar a nossa opinião, acerca de uma superação - senão total, certamente em grande parte – da sentença condenatória, como mera *exortação* ao devedor para cumprimento da obrigação. Parece-nos de fato que, a *pós-modernidade* em que estamos inseridos reclama sentenças dotadas de eficácia de *mandamental ou executiva*, mostrando-se cada vez mais superado o esquema de separação do processo em duas fases, dividindo-o (no caso da decisão condenatória) em conhecimento e execução. No caso da decisão de caráter mandamental – onde as *astreintes* tem o seu *habitat natural* – a substituição da *exortação condenatória* pelo mandamento ou *ordem judicial* colocaria as demandas em outro patamar, quer de efetividade, quer mesmo de simbolismo dentro do arcabouço processual. Para nossa surpresa, no entanto, o sistema dos Projetos de Código de Processo Civil são anacrônicos, uma vez que, ao que parece, não se filiaram a nenhuma corrente teórica sobre as eficácias sentençiais. Isto aparece com clareza, quando, por exemplo, no artigo 80, V do PLS 166/2010, preocupou-se em incluir entre as hipóteses configuradoras de ato atentatório a dignidade da justiça não *cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental [...] registrando que tal prática constituir-se-á em ato atentatório a dignidade da justiça, devendo-se lhe aplicar multa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais*. No entanto, lastimavelmente, o projeto aprovado na Câmara, *retirou as expressões mandamentais e executivas*, (Art. 77, IV do PL.8046/2010) *bem como, incluiu um parágrafo então inexistente*, de que a inexecução no cumprimento das ordens judiciais e, o fato de criar embaraços a sua efetivação, serão considerados ato atentatório a dignidade da justiça *mas...* o juiz terá de, primeiro, advertir a parte de sua conduta! (parágrafo primeiro do artigo 77 do PL 8.046). Como fica o descumprimento de uma ordem judicial onde haja urgência? Haverá prazo para, depois do descumprimento da ordem, o juiz *advertir* a parte para, somente então, lhe aplicar a *sanção punitiva*? No entanto, não se trata de considerar o PLS 166/2010, superior ao PL 8.046/2010. Há anacronismo como dito. O PLS 166/2010, por exemplo, no capítulo destinado as obrigações de fazer, não fazer e dar, considera a sentença como sendo de natureza *condenatória(!)* (*Capítulo VI do PLS 166/2010*). Para além de ser um retrocesso extraordinário, é esse mesmo projeto que, no artigo sobre os deveres das partes e dos atos atentatórios a dignidade da justiça, incluiu a *eficácia mandamental*, como sendo importante, a ponto de gerar a multa ao seu descumpridor. Assim fica a questão: se a sentença que *ordena* o cumprimento de uma obrigação de fazer é *considerada pelo PLS 166/2010 como sendo condenatória, qual seria a sentença de eficácia mandamental no “sistema” do novo Código de Processo Civil?*

¹²² De fato, introduziu-se no direito brasileiro um paradoxo, qual seja, de que o credor munido de título executivo extrajudicial – cujo procedimento de execução deve se desenrolar por força dos artigos 621 e seguintes do CPC, nos casos de obrigação de entrega de coisa e pelo artigo 632 e seguintes do CPC, tinha a sua disposição um procedimento *menos eficaz* do que aquele que não possuísse, *a priori*, um título executivo, uma vez que, este último, veicularia sua pretensão nos termos do artigo 461 e seguintes do CPC, insista-se, muito mais eficaz do que aqueles previstos nos artigos 621 e seguintes e 632 e seguintes do CPC. Neste sentido, observe-se “*o processo civil brasileiro contempla um paradoxo: a partir dos artigos 461 e 461-A, uniu-se o sistema jurídico de meios que trazem a efetividade que o processo de execução há muito não contempla. Vejamos: →Aquele que não possui título executivo poderá valer-se da tutela mandamental ou executiva lato sensu, impondo-se uma série de medidas coercitivas prevista no §5º do artigo 461 (tanto direta, quanto indireta) para o cumprimento em espécie da obrigação →aquele que não possui título executivo poderá obter a antecipação dos efeitos mandamentais ou executivos lato sensu, tal como prevê o artigo 461, §3º. Por outro lado, todos aqueles que forem detentores de um título executivo extrajudicial, deverão sujeitar-se ao procedimento executório previsto nos artigos 621 seguintes e 632 e seguintes, o que significa dizer: deverão requerer a*

Observe-se a lição de Teori Albino Zavascki acerca do artigo 461 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Para tornar possível a prestação da tutela específica, o legislador conferiu ao juiz poderes para “impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§4º). [...]

A nova redação do art. 461 do CPC, importada, praticamente *ipsis litteris*, do art. 84 da Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), trouxe inovações expressivas, todas inspiradas no princípio da maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue.¹²³

Nesta mesma linha, convém observar o conceito que nos é trazido por Marcelo Planiol e Jorge Ripert onde

Los intereses de demora (*astreintes*) consisten en una condena pecuniaria, dictada a razón de tal o cual suma (100, 1000, 10000 fcs...) por cada día de retraso, o por cualquier otra unidad de tiempo, contra un deudor que no ha cumplido su prestación en el plazo fijado por los Tribunales para hacerlo. Su finalidad es, no la de reparar el perjuicio causado por el retraso en el cumplimiento, sino forzar al deudor a saldar la deuda el temor del aumento constante del importe de la condena. Es ésta una amenaza que habrá de vencer su resistencia.¹²⁴

Cuida-se, evidentemente, de concepção originária no Direito Francês - lá batizada de *astreintes* - que vieram a ser incorporadas, formalmente, ao ordenamento jurídico Francês em 1972, através da Lei n. 72-626, de 5 de julho daquele ano.

No entanto, como bem anota Darci Guimarães Ribeiro, o instituto foi

criado pela jurisprudência francesa ao início do século XIX. De fato, o primeiro exemplo de que nos dá notícia a jurisprudência francesa se remonta

citação do devedor para entregar a coisa em dez dias ou depositá-la (art. 621), em se tratando de ação de execução para entrega de coisa ou a citação do devedor para cumprir a obrigação no prazo assinado no título ou, se este não tiver previsão, no prazo assinado pelo Juízo (artigo 632); → em havendo a propositura da ação de embargos – que tem o condão de suspender total ou parcialmente execução, nos termos do artigo 739, §§1º e 2º, o credor só terá a posse da coisa – execução para entrega de coisa – ou haverá o adimplemento da prestação – execução para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer – após o julgamento da demanda, que não se dará certamente em menos de um ano (que seria um tempo recorde, se falarmos em matéria de Judiciário no Brasil. Pelo exposto, observa-se que o legislador ‘reformista’ criou um sistema contraditório: em se tratando de entrega de coisa ou cumprimento de prestação de fazer ou não fazer, muito melhor é o credor não ter título, face a todas as medidas previstas no artigo 461”. SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 355-356.

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8, p. 434-435.

¹²⁴ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil frances**. Trad. Mario Diaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brussne. [S.l.]: Cultural, 1945. t. 7, pt. 2, p. 90.

a uma sentença do Tribunal de Gray, de março de 1811. A consagração definitiva chegou com a decisão de la Cour de Cassation, em dezembro de 1825, que considerou meramente cominatória uma sentença do tribunal de Metz.¹²⁵

Ocorre que neste momento inicial de concepção do instituto, as *astreintes* eram vistas como uma forma de reparação pelo atraso, ou seja, como uma faceta das perdas e danos.

Guilherme Rizzo Amaral aponta que fora no ano de 1959 que a Primeira Câmara Cível da Corte de Cassação (*Première Chambre Civile de la Cour de Cassation*) aplicou pela primeira vez o instituto das *astreintes*,¹²⁶ declarando-as expressamente como desvinculadas das perdas e danos, tendo pois, como único escopo, vencer a vontade do obrigado.

Ou seja, as instâncias inferiores do judiciário Francês *criaram* as *astreintes* - sendo exemplo de *instituto criado jurisprudencialmente de “baixo para cima”* - ou seja, *nascem as astreintes com os juízes de primeiro grau* para, após mais de cem anos de evolução – ser considerado como independente das perdas e danos pela Corte de Cassação.

Note-se, no entanto, que já eram firmes as *astreintes* em termos doutrinários na França antes mesmo da decisão da Corte de Cassação que “autonomizou” as *astreintes* das perdas e danos. Adhémar Esmein em 1903, escrevia na França, comentários acerca da *jurisprudência já existente* em termos de *astreintes*¹²⁷ destacando a sua autonomia das perdas e danos.

Registradas estas questões de cunho histórico, é importante mencionar uma outra questão, a qual também atravessou vários séculos mantendo-se incólume: a concepção que negava a possibilidade de uma execução ter por objetivo vergar a vontade do obrigado – o que fez surgir o assim chamado *dogma da intangibilidade da vontade humana*.¹²⁸

Note-se que o próprio direito Francês (que, paradoxalmente, é o local onde surgem as *astreintes cujo escopo não é outro, senão “dobrar” a vontade humana!*) continha previsão expressa no **Código Napoleônico** de que **todas as obrigações de fazer** deveriam se resolver em **perdas e danos**, caso o obrigado não se dispusesse a cumpri-las **voluntariamente**.

Tal princípio encontrava-se exposto no artigo 1.142 do Código de Napoleão, atestando um caráter de *voluntariedade* na obrigação de fazer, isto é, poderia o obrigado **optar por**

¹²⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 190.

¹²⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

¹²⁷ ESMEIN, Adhémar et al. L’origine et la logique de la jurisprudence em matière d’Astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 5-53, 1903.

¹²⁸ “A impossibilidade de se interferir na vontade do devedor para realizar a tutela específica sempre foi um dogma nas mais diferentes ordens jurídicas”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 189.

cumprir voluntariamente a obrigação ou pagar as perdas e danos¹²⁹. Afirmava-se pois, em toda a sua plenitude, o *dogma da intangibilidade da vontade humana*.

Luiz Fux, nos traz a notícia da evolução histórica dada ao tratamento das execuções que recaem sobre a *conduta* do obrigado, *verbis*

Ovídio Batista, calcado em Giuseppe Borré, in *Esecuzione forzata degli Obblighi di Fare e di non Fare*, assim sintetiza a evolução das formas de sanção ao descumprimento das obrigações que recaem sobre uma *conduta* do obrigado. O Direito romano primitivo clássico, era o da absoluta impossibilidade de execução coativa de uma obrigação de fazer (Giuseppe Borré, Giuseppe Borré, in *Esecuzione forzata degli Obblighi di Fare e di non Fare*, 1966, n°2) o que, aliás, não era uma particularidade reservada apenas a essas obrigações, e sim a todas as espécies, uma vez que a inexecução resolvia-se, invariavelmente, em condenação pecuniária.

No que se refere as execuções de fazer, as dificuldades e obstáculos de natureza prática foram sem dúvida mais persistentes e justificados, tendo em vista o princípio segundo o qual a ordem jurídica não deve, sob pena de grave violação da liberdade e da própria dignidade pessoal do devedor, obrigá-lo diretamente a fazer alguma coisa, constringendo-o a praticar o ato contra sua vontade. Assim, embora nos períodos tardios do Direito romano passasse a ser admitida a execução coativa das obrigações de transferir a propriedade ou a posse de uma coisa determinada, persistiu o princípio que vedava a execução específica das obrigações de fazer. Justiniano, em suas Intituições, recomendava que se estipulasse simplesmente alguma pena (*stipulatio poenae*, inciso, III, 15, 7) para o caso de não-cumprimento desta espécie de obrigação; penas estas que, no Direito intermédio, tanto poderiam consistir numa multa que onerasse o patrimônio do devedor, quanto na captura que lhe poderia restringir a liberdade pessoal uma punição religiosa, como a excomunhão, ou a supressão do status de cidadania, como a bannitio (Borré, ob. Cit. P. 11)¹³⁰.

Não há de se ter dúvida que, a execução que *depende* da vontade do obrigado, em muito difere das execuções que *dispensam* a participação do obrigado. Para as primeiras, haveria de se conseguir dobrar a vontade do devedor – sem, no entanto, submeter-lhe a prisão ou a coação física – fazendo-o cumprir a obrigação. Já para a segunda espécie (que dispensa a participação do obrigado) os meios sub-rogatórios sempre foram suficientes, eis justamente, entregarem o direito para a parte, dispensando para a sua satisfação, a participação do obrigado.

Como refere Darci Guimarães Ribeiro:

A origem do problema encontra-se no brocardo *nemo praecise potest cogi ad factum* cunhada por Favre, no século XVI. E significa, segundo o próprio autor, que *ninguém pode ser coagido precisamente (de uma maneira absoluta) a realizar um facto, porque isso não pode ser feito sine vi et impresse, isto é, sem violência (coacção) e em opressão*

¹²⁹ Vide AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-34.

¹³⁰ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1371-1372.

(impressão-choque)’, razão pela qual, ‘nas obrigações de fazer, se sub-roga à prestação o pagamento do id quod interest. A razão de ser desta regra reside em afastar ou impedir a violência ou coação ao facere sobre a pessoa do devedor.¹³¹

E prossegue Darci Guimarães Ribeiro:

O surgimento do Estado Democrático de Direito em muitos países fez com que a realização da tutela específica assumisse novos contornos, foram criados novos mecanismos para interferir na vontade do devedor forçando-o a cumprir a prestação de forma específica. Cada sistema jurídico descobriu a partir de suas peculiaridades próprias os instrumentos mais eficazes para quebrantar a resistência do devedor inadimplente que injustificadamente se recusava a cumprir a obrigação *in natura*.¹³²

Esta mudança de paradigma, qual seja, a de passar a exigir cumprimentos de obrigações pessoais do obrigado (*infungíveis* portanto¹³³), de forma a entregar a obrigação *in natura* - e não sua constante conversão em perdas e danos - exigiu um mecanismo de *execução indireta*, isto é, *não sub-rogatório*, mas sim, *coercitivo ou indutivo*¹³⁴, de forma que o próprio obrigado se visse pressionado a cumprir a obrigação, *vergando a sua vontade diante da sanção aplicada pelo juiz*. Anote-se a *latere*: *eis a sanção atuando sobre a vontade humana, gerando (ou induzindo) no obrigado uma decisão de conduta, uma tomada de decisão entre cumprir ou não cumprir!* Observa-se pois, mais uma vez, a íntima relação entre *a sanção jurídica* e as teorias sobre a tomada de decisão humana, que amoldam-se e complementam-se, uma a outra, feito luva à mão.

Retomando a narrativa, Marcelo Planiol e Jorge Ripert apontavam que “

En el derecho de las personas, los intereses de demora desempeñan un papel útil en todos aquellos casos en que el empleo de la fuerza pública, para la

¹³¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 189.

¹³² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p. 189.

¹³³ A referência que se faz a infungibilidade da obrigação é para a compreensão do instituto que, de início, de fato, prendia-se somente as obrigações infungíveis. No entanto, modernamente, sobremaneira no Brasil, admite-se a tutela específica, inclusive para a tutela de obrigações de fazer *fungíveis*. A este respeito vide AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 113-121.

¹³⁴ Eduardo Talamini, classifica os mecanismos sancionatórios em *mecanismos de sujeição* (que equivaleriam aos sub-rogatórios) e *mecanismos de indução* (que equivalem aqui ao que chamamos de mecanismos *coercitivos*). TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 170-171.

obtención directa del cumplimiento de una obligación, sea inconcebible e inútil.¹³⁵

Note-se que já na França, mesmo quando possível obter-se a prestação do obrigado através de outros meios – como por exemplo da força pública – havia a recomendação da fixação de *astreintes* como mecanismo mais útil – quiçá mais inteligente ou sofisticado – para obter-se a prestação. Observe-se

La posibilidad de obtener por medio de la fuerza el cumplimiento en especie ¿excluye los intereses de demora? Pudiera creerse así después de un somero análisis. Su utilidad parece desaparecer, ya que existe un medio, más directo y más normal, de obtener el resultado querido: el recurso a la fuerza pública. El empleo de la amenaza pierde todo su valor, cuando la mala voluntad del deudor puede ser vencida por la fuerza. Sin embargo, los Tribunales aún en ese caso, frecuentemente han utilizado los intereses de demora. Ello es porque tal cosa puede venir determinada por consideraciones de oportunidad. Los medios de fuerza no son más que un recurso extremo, complicado, algo infamantes para el deudor, ridículos veces o sin eficacia duradera. Es más sencillo frecuentemente, tratar primeramente de obtener por actos personales de deudor el cumplimiento de lo que éste debe. El acreedor nada pierde con ello, ya que aún cuando los intereses de demora resultan ineficaces, siempre podrá acudir a la fuerza. En cuanto al deudor, se defiende su crédito y su libertad, apreciándolo por última vez a fin de que cumpla por sí mismo.¹³⁶

Neste mecanismo, cujo intento é dobrar a vontade do obrigado, consiste a síntese das *astreintes*, cujo escopo não é outro senão atuar sobre o *animus* do obrigado recalcitrante e fazê-lo adimplir com a obrigação. Este modo de exigir a obrigação pactuada *in natura*, isto é, não convertê-la em perdas e danos, passou a rotular-se de *tutela específica*.

Nas palavras de Giuseppe Chiovenda, o que deve almejar a busca da tutela específica é que “*Il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’égli ha diritto conseguire.*”¹³⁷

Discorrendo sobre o tema, Luiz Fux assim se manifesta

Visando a compeli-lo a cumprir a prestação entram em cena os meios de coerção, in casu, a multa diária ou *astreintes*, de origem francesa, e que surgiram exatamente para vencer essa recalcitrância do devedor [...] A necessidade de colaboração do devedor para atingir-se a prestação específica impôs a criação desse meio de coerção consistente na multa diária, cuja

¹³⁵ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado practico de derecho civil frances**. Trad. Mario Diaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brussne. [S.l.]: Cultural, 1945. t. 7, pt. 2, p. 92.

¹³⁶ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado practico de derecho civil frances**. Trad. Mario Diaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brussne. [S.l.]: Cultural, 1945. t. 7, pt. 2, p. 94-95.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Sagli di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 110.

desvinculação com o valor da obrigação principal revela sua capacidade de persuasão.¹³⁸ (grifo nosso).

E prossegue Luiz Fux registrando que

O domínio do processo pelo princípio da efetividade reafirmou o dogma de que através da jurisdição o Estado deve dar à parte a utilidade que ela obteria se não tivesse ocorrido o inadimplemento da obrigação. A satisfação deve ser a mesma eu o credor obteria com a atividade devida. A essa correspondência entre o descumprimento e a satisfação pelo processo denomina-se tutela específica.¹³⁹

Fato é que não apenas a França adotou um mecanismo para a obtenção da tutela específica para obtenção das obrigações de fazer e não fazer do obrigado. Há símiles no Direito Alemão, no Direito Português, no Direito Argentino, entre outros. Cada um emprega determinados contornos ao instituto, diferenciando-se, entre eles, fundamentalmente, na possibilidade ou não de o juiz deferir a incidência das *astreintes* de ofício, quanto ao destinatário da multa, a cumulação com sanções penais/prisão, e as hipóteses de seu cabimento que, por exemplo, na França, se estendem para praticamente todos os tipos de obrigações¹⁴⁰, desde que a sua fixação possa ser útil na obtenção dos resultados. Observe-se:

Pour forcer le débiteur d'un fait (exécution de travaux, reddition de compte, production de pièces, remise d'objets ou de personnes en garde, etc.) à exécuter promptement et pleinement son obligation, les tribunaux emploient fréquemment un moyen de contrainte que l'on appelle une astreinte. Ils reconnaissent et déclarent l'obligation et ordonnent au débiteur d'y satisfaire, le condamnant *hic et nunc*, à titre de dommages-interêts, à tant par jour de retard, passé le délai qu'ils déterminent.¹⁴¹

¹³⁸ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1372-1373.

¹³⁹ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1373.

¹⁴⁰ No Brasil, em que pese tenha seu escopo principal as obrigações de fazer e não fazer, não se admite as *astreintes* para todo e qualquer tipo de fazer. O exemplo disso, é não se admitir as *astreintes* em *pedidos de exibição de documentos*. Observe-se: “[...] 1. Em sede de ação cautelar de exibição de documentos, **não cabe a aplicação da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC**. Súmula 372/STJ. 2. Se a documentação estiver na posse de terceiros, cabível a busca e apreensão, inclusive mediante uso de força policial, tudo sem prejuízo da responsabilização por crime de desobediência, nos termos do artigo 362 do CPC.3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa”. (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.151.817/RS**, 4ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901508575&dt_publicacao=15/06/2012>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹⁴¹ ESMEIN, Adhémar et al. L'origine et la logique de la jurisprudence em matière d'Astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 6-7, 1903.

A tônica, no entanto, que dá identidade ao instituto é a sua característica destinada a, precipuamente, estimular o obrigado a cumprir a obrigação servindo-lhe como uma pesadíssima ameaça, capaz de vergar a sua vontade e, com isso, obter a sua colaboração.

Neste sentido, o ensinamento de Luiz Fux onde

As obrigações de fazer e de não fazer, quando descumpridas, desafiam uma modalidade especial de processo de execução que difere das demais. Nas (demais) execuções [...], o signo da responsabilidade patrimonial é constante, porque numa e noutra cuida-se de apreender bens determinados ou indeterminados do patrimônio do devedor para a satisfação dos fins da execução. Os meios executivos incidem sobre o patrimônio do devedor. Na execução das obrigações de fazer e não fazer, o que se pretende não é uma coisa ou quantia, senão numa atividade do devedor que pode consistir num fazer ou numa abstenção. Assim e que pode o devedor, por força de título executivo, obrigar-se a fazer uma obra, prestar um serviço, em sendo artista comprometer-se a não se apresentar noutra emissora em razão de exclusividade, não construir em determinada área, ou não divulgar um segredo industrial. O descumprimento dessas obrigações implica em utilizar-se um sucedâneo processual que possa conferir à parte a mesma atividade devida ou o mesmo resultado da abstenção imposta.¹⁴²

Salientando o aspecto da *participação do obrigado* para obtenção da *tutela específica*, prossegue Luiz Fux:

Nesta modalidade de execução, como intuitivo, assume maior relevo a colaboração do devedor, diferentemente do que ocorre nas execuções precedentes. Nesta, com a atividade que se pretende deve ser prestada pelo devedor, os meios de sub-rogação tem um alcance menor, assumindo relevo os meios de coerção.¹⁴³

Ou seja, cuida-se de *inteligente* mecanismo que permite (ou pretende) atuar sobre a vontade do devedor/obrigado (daí porque tanto se relaciona com as teorias sobre *comportamento*) como veremos mais detidamente nos itens que abaixo seguem.

4.2 CONCEITO E NATUREZA DO INSTITUTO DAS *ASTREINTES*

Como já referido, não tomamos a acepção da palavra *astreintes*, como um símile do Direito Francês, senão como referência a multa *coercitiva*, do direito Brasileiro, em razão da ampla aceitação desta terminologia em nosso cenário jurídico.

Neste contexto Edson Prata baseando-se em lição de Mazeud encontra quatro características essenciais das *astreintes*, a saber:

¹⁴² FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1371.

¹⁴³ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1371.

- I – constitui uma forma de constrangimento
- II - é um procedimento de compulsão exercido sobre os bens
- III – é dirigida contra uma pessoa que deve executar uma decisão judiciária
- IV – consiste numa ameaça.¹⁴⁴

Darci Guimarães Ribeiro conceituou de forma bastante objetiva as principais características das *astreintes* Francesas, característica estas que servem, com perfeição, para designar a multa pecuniária brasileira (ou as *astreintes brasileiras*) da forma como as concebemos. Assim, leciona o mencionado autor que “*a astreinte é uma multa pecuniária, cumulativa, infinita, e proporcional ao patrimônio do devedor*¹⁴⁵” ao que acrescentaríamos a menção de serem elas, predominantemente, *coercitivas e de possuírem natureza processual*.

De fato, a atual multa *coercitiva* prevista no artigo 461, *in fine*, no seu §4º do Código de Processo Civil, apresenta as características de *ser pecuniária e cumulativa*¹⁴⁶. A questão da sua *infinitude e da quantificação* (intensidade da sanção – vide capítulo 2 do presente trabalho) serão tratadas em item próprio, no entanto, em nossa sentir, tais características, regra geral, também se mostram presentes no atual regramento processual.

O caráter **coercitivo** da *multa ou astreintes* prevista no atual CPC é incontestado na doutrina nacional. Assim se posicionam, por exemplo, Eduardo Talamini¹⁴⁷, Guilherme Puchalski Teixeira¹⁴⁸, Guilherme Rizzo Amaral¹⁴⁹, Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁵⁰ e José Carlos Barbosa Moreira¹⁵¹, entre outros.

Marcelo Planiol e Jorge Ripert apontam que

La verdadera índole de los intereses de demora¹⁵² consiste en que son un medio de **coerción** de orden pecuniario que pesa sobre el deudor. Es un medio indirecto y muy eficaz para asegurar el cumplimiento de una obligación o la ejecución de una sentencia. Si se quiere seguir estableciendo la comparación con las instituciones del

¹⁴⁴ PRATA, Edson. As “astreintes” no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 22, p. 27, 1980.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 194.

¹⁴⁶ O que não significa dizer que, em casos onde o cumprimento da obrigação deva ser feito em um único e imediato momento, não possa a multa ser fixada em uma única parcela.

¹⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 239.

¹⁴⁸ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 155.

¹⁴⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75.

¹⁵⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2, p. 150-151.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 227-229.

¹⁵² *Intereses de demora* é expressão empregada em sentido sinônimo a de *astreintes* pelos autores mencionados.

Derecho penal, hay que decir que se trata de un procedimiento preventivo de intimidación, no de un medio represivo.¹⁵³ (grifo nosso).

São as *astreintes* destarte, um meio (ou método) judicial de coerção – portanto de execução indireta (ou não sub-rogatória) - destinada a garantir o cumprimento de uma obrigação pelo devedor.

No entanto, se não pairam grandes dúvidas acerca do caráter coercitivo das *astreintes*, questão diversa diz respeito a saber se há ou não caráter punitivo em tal multa.

Diversos autores negam que as *astreintes* detenham qualquer caráter punitivo ou ressarcitório¹⁵⁴. Reconhecem-lhe apenas, caráter *coercitivo* e nenhum outro.

A questão é importante e, portanto, merece ser analisada com maior vagar. Quais seriam as outras funções que potencialmente poderiam existir em tal multa? A resposta advém da própria doutrina, uma vez existirem discussões se as *astreintes* teriam – além do caráter coercitivo - caráter *indenizatório ou ressarcitório*, ou ainda, caráter *punitivo*.

No que tange ao caráter *ressarcitório ou indenizatório* das *astreintes*, bem verdade que, nos seus primórdios, as *astreintes* eram consideradas como um substituto para as *perdas e danos*.

Inicialmente, la astreinte estuvo ligada a la reparación de daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento de una obligación, pero, poco a poco fue separándose de la noción de daños y perjuicios para convertirse en una auténtica medida coercitiva.¹⁵⁵

Note-se que mesmo na França, esta questão foi sendo superada *descolando-se* as *astreintes* de qualquer relação com *ressarcimento ou indenização*, afastando-as assim das perdas e danos, bem como, possibilitando sua cumulação com outras multas.

Neste sentido a lição de Adhémar Esmein et al. dizendo que as *astreintes*

Il s'agit directement de punir une désobéissance et non de réparer un préjudice. Par conséquent, est indifférente là question de savoir si le retard a causé ou non un préjudice au débiteur.¹⁵⁶

¹⁵³ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil frances**. Trad. Mario Diaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brussne. [S.l.]: Cultural, 1945. t. 7, pt. 2, p. 101-102.

¹⁵⁴ *Vide por exemplo*, AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85 e TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 166.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 165.

¹⁵⁶ ESMEIN, Adhémar et al. L'origine et la logique de la jurisprudence em matière d'Astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 35, 1903.

Tal lição veio corretamente assimilada pelo Direito Brasileiro, onde o atual Código de Processo Civil em seu artigo 461, §2º, prevê a que a *indenização por perdas e danos se dará sem prejuízo da multa*. Também os projetos do novo Código de Processo Civil¹⁵⁷, trazem previsão similar em seus artigos 487 (Projeto de Lei no Senado) e no artigo 511 (projeto de Lei da Câmara dos Deputados).

A questão é bastante importante pois em tempos em que se cogitava no Brasil apenas da chamada *ação cominatória* (artigo 302 e segs. do CPC de 1939) bem como no artigo 287 da redação original do CPC de 1973, resultaram por firmar orientação no sentido de que a *pena cominatória*, não poderia ultrapassar o *valor da obrigação*¹⁵⁸. Ocorre que, apesar de haver essa limitação de “teto” para a multa pecuniária no CPC de 39, esta situação *não restou repetida no CPC de 1973*. No entanto, ainda hoje, colhem-se decisões que *limitam o valor das astreintes a um teto ou, ainda, levam em consideração o valor da prestação*, para fixar um limite para a multa pecuniária/astreintes.

Ao assim proceder, os Tribunais não raras vezes *retiram* do Código Civil a regra segundo a qual “*o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”.¹⁵⁹

Essa suposta – em verdade inexistente – ligação das *astreintes* com a pena convencional ou cláusula penal, revela-se como um dos equívocos mais perniciosos na aplicação do instituto em análise.

Primeiro porque as *astreintes* não devem guardar *nenhuma relação* com a prestação/direito posto em causa, a fim de servir-lhe como um limitador. Note-se: o direito posto em causa *é um informador das astreintes – sobremaneira quanto ao seu valor de fixação inicial e estabelecimento da sua periodicidade* - mas em nenhum momento, deve lhe tolher a autoridade, **muito menos lhe limitar o valor a que poderá atingir pela sua acumulação, não podendo existir um “teto” para a sua incidência.**

Aliás, servindo por vezes a pena convencional como substitutiva *das perdas e danos*, resta posto à calva que, de fato, ao distanciarem-se as *astreintes* de possuir qualquer aspecto

¹⁵⁷ Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 e PL da Câmara dos Deputados 8.046/2010.

¹⁵⁸ Atenta-se que o CPC de 1939 continha regra expressa neste sentido, em seu artigo 1005 onde “*Se o 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*”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014

¹⁵⁹ Artigo 412 do Código Civil Brasileiro. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

indenizatório ou ressarcitório, *em nada guardam relação com a pena convencional ou com a limitação do seu valor ao da obrigação/prestação exigida.*

Anote-se que

[...] a multa processual é inconfundível com a cláusula penal contratualmente fixada. A multa contratual e a multa imposta pelo juiz (multa processual), conquanto tenham mediatamente o mesmo objetivo, diferenciam-se no que tange à sua estrutura e função imediatas. A multa contratual é mecanismo de direito material, instituído pelas partes e destinado a incentivar o cumprimento tempestivo da obrigação. É, então, instrumento de tutela no âmbito do direito material. Insere-se entre os ‘meios de coerção privada’. É bem verdade que, em face da vedação da autotutela, só poderá ser cobrada constrictivamente em juízo. Mas isso não afasta sua natureza de direito material. Já a multa que o próprio juiz impõe é mecanismo processual destinado a garantir a efetividade da ordem emitida pelo órgão jurisdicional. É – já foi dito – meio processual coercitivo.¹⁶⁰

No entanto, talvez para fugir da comparação com a cláusula penal – instituto com o qual, de fato, as *astreintes*, não se familiarizam – nega-se a todo custo, qualquer *aspecto punitivo* nas *astreintes* e não nos parece que assim seja correto sustentar.

Primeiro, é bem verdade que o caráter *principal* das *astreintes* é *coercitivo*. Inclusive, concorda-se que se deva classifica-las como coercitivas – e não punitivas – *em razão de ser este o seu escopo primeiro*.

Ocorre que, como visto no capítulo segundo do presente estudo, *toda sanção possui um escopo*, qual seja, de garantir o cumprimento do *preceito*. Também se anotou que *a melhor sanção punitiva é aquela que jamais incide*, quando esta cumpra – sempre e eficazmente - o seu escopo de *proteger* o preceito jurídico do seu descumprimento.

Ou seja, a rigor, toda sanção visa obter um *comportamento* desejado pelo ordenamento jurídico. **Ora, se obter um comportamento através de uma ameaça pode ser rotulado de coercitivo, logo, no plano geral, toda sanção punitiva tem dose de coerção¹⁶¹.** Mais do que

¹⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 61.

¹⁶¹ Importante mencionar que, para fins do presente trabalho, utilizamos o vocábulo coerção no sentido de “*medo das consequências da violação da norma jurídica que reside na consciência e exerce pressão sobre a vontade do obrigado*”. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 761. Vale assim dizer que se aproxima do significado de *coação legal*, embora a expressão *coação* esteja mais comumente, vinculada a *vícios da vontade, no sentido de constrangimento (ilegal) da vontade do agente*. Aqui talvez seja importante distinguir *sanção* de *coação*. Em verdade, há que se ter cuidado com a expressão *coação*. Isto porque *todas as regras de convivência social* tem as suas sanções, no entanto, o caráter distintivo da *coação* somente existe na norma jurídica. Oportuno pois ressaltar que, neste momento a expressão *coação* está sendo empregada no sentido da *aplicação da força legitimada, disciplinada e aplicada única e exclusivamente pelo detentor do monopólio da jurisdição*. Assim, *não pode haver sanção jurídica sem coação*. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 45-46. Note-se pois que a expressão *coação* é polissêmica e seu significado depende do contexto onde está inserida. Há pois que ter-se cuidado a fim de não gerar algum equívoco, uma vez que a mesma palavra *coação*, por vezes, é utilizada como sinônimo de coerção, vale dizer, sobre a sua influência *psicológica* sobre vontade do obrigado e, por

isso: toda sanção punitiva “almeja” ser coercitiva a ponto de ser suficientemente *ameaçadora* (*coerção*) para que a conduta que ela visa proteger seja de pronto observada.

Note-se que outro não é o escopo da cláusula penal, que não seja, através da ameaça da sua incidência, garantir *o cumprimento da obrigação*. *Ou seja, tanto a cláusula penal, como as astreintes – como de resto qualquer sanção! – visam atingir a vontade do obrigado*. Logo, não é por esta via que podemos diferenciar a punição da coerção, ou a cláusula penal ou qualquer outra multa punitiva, das *astreintes*. A distinção se dá no *imperium* presente nas *astreintes*, *da sua autonomia do direito material, bem como no grau de coerção capaz de ser atingido pelas astreintes*.

Feitas estas distinções, ainda nos incumbe demonstrar se há ou não, afinal, caráter punitivo nas *astreintes*¹⁶². Ora, assim como se demonstrou que há dose de coerção *em toda sanção punitiva* e, em pertencendo as *astreintes* ao grupo geral¹⁶³ das *sanções punitivas* seria ilógico negar haver dose de punição nas *astreintes*, assim como há, por obviedade, em qualquer outra sanção punitiva em maior ou menor grau.

vezes, como sinônimo da capacidade estatal de fazer *atuar forçadamente a sanção judicial*. No mesmo sentido, de que há sanção *não apenas na atividade judicial*, vide TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 170.

¹⁶² Sobre a questão multa punitiva *versus* multa coercitiva, muito nos debruçamos sobre esta questão, a fim de lhe empregar contornos precisos. Nossa pesquisa, em que pese numerosos livros consultados, não foi satisfatória em razão de que se trata de punição ou coerção como duas realidades claras e distintas. No entanto, não nos parece que assim seja. Observe-se que, por exemplo, considera-se praticamente à unanimidade na doutrina, seja a multa do artigo 14 do CPC um exemplar de uma multa tipicamente punitiva. Mas indaga-se: não tem esta multa justamente o escopo de quebrantar a vontade do descumpridor dos preceitos éticos, previstos no Código de Processo Civil no mesmo artigo 14 do CPC. Não visa ela, portanto, também atingir a vontade da parte no sentido de obter dele um determinado comportamento tido, por ideal, em juízo? Por outro lado, o devedor que não cumpre com a obrigação e deixa incidir *as astreintes, não estaria sendo punido pela sua execução?* Não seria possível ver nisso caráter de reprovação da conduta para que não a repita? Diante destas questões que nos afligiram ao longo do trabalho, muito refletimos e passamos a responder com nossas conclusões: Primeira delas é que toda multa visa atingir a vontade do devedor. Logo, se conclui que não será por aí o caráter distintivo entre *multas punitivas e multas coercitivas*. Daí porque absolutamente não nos satisfaz a referência doutrinária de meramente dizer que *quando o escopo da multa é punir, então será ela punitiva*, tendo em vista que “o escopo” da multa, está muito relacionado aos “olhos” de quem vê em razão de que, como no exemplo dado acerca do artigo 14 do CPC, pode-se alí observar tanto a *admoestação (coerção) como a punição*. Logo, com estes elementos encontradiços na doutrina, nada se responde. Assim, a resposta que concluímos – e temos a ousadia de aqui transformar em palavras - é de toda multa tem coerção e punição em si mesma. Equivale pois, a uma *moeda, onde em uma das faces há a coerção e em outra a punição*. **A punição sem a coerção é o castigo sem aviso, é o abuso do direito, é a armadilha. A coerção sem a punição é a ameaça vazia, o jogo de sombras, o tiro de festim**. Classifica-se assim a multa pelo seu caráter preponderante (o que há concordância na doutrina). Porém a questão ainda remanesce. Como saber-se qual das faces da moeda está voltada para cima? E respondemos: **quando for a face da punição, a multa ou a sanção guardará proporção com o fato cometido. Tem caráter liberatório, ou seja, cumprida a pena libera-se o transgressor. Quando a face da moeda voltada para cima for a da coerção, o valor da multa não guarda proporção com o fato ou a obrigação. Dela o transgressor não consegue se livrar, nem com o pagamento, senão unicamente dobrando-se a sua vontade e cumprindo com a obrigação**.

¹⁶³ Vide capítulo 2, onde, do ponto de vista psicológico-comportamental, *são punitivas todas as sanções que ameaçam de algum mal, ou retiram algo de bom*.

Não se trata aqui, de nenhuma forma, de discussão de sabor meramente acadêmico. Isto porque, no caso das *astreintes*, a punição nada mais significa do que a sua *incidência* nos casos de descumprimento do preceito. A incidência concreta das *astreintes* – sem reduções ou tergiversações do Judiciário na sua execução – **é um aspecto fundamental para o seu caráter coercitivo**. Dito de outra forma: se a *ameaça* que as *astreintes* representa é fundamental para a sua *eficácia coercitiva*, tal eficácia somente existirá quando, uma vez descumprido o preceito, *haja a sua incidência e, portanto, efeito punitivo* no obrigado recalcitrante. Titubear-se na incidência e na execução das *astreintes*, somente retira a sua eficácia. Revelam-se assim, coerção e punição, duas faces de uma mesma moeda.

O aspecto de que as *astreintes* devem consistir em uma ameaça efetiva à admoestar o devedor, também é ressaltada de longa data na França onde “Le caractere simplement comminatoire des astreintes ne fait plus aucune difficulté, leur nature vraie étant une *menace*”.¹⁶⁴

E prosseguem Adhémar Esmein et al. referindo que “Ordonner et menacer, pour forcer les parties à exécuter leurs obligations, est une tendance naturelle aux juges-magistrats”¹⁶⁵.

Portanto, insista-se: o fato de haver punição ao *descumpridor*, não significa que há *somente* punição ao descumpridor ou vantagem ao favorecido pela incidência das *astreintes*. Antes de mais nada, serve como advertência e aprendizado (ou ainda, para a psicologia, *condicionamento*) - a apontar a necessidade de cumprimento dos preceitos judiciais. A incidência do aspecto punitivo, resulta em um círculo virtuoso que ao final terminará por reafirmar, para o futuro, o caráter **coercitivo** das *astreintes*.

Assim pois, parece assistir razão a José Eduardo Carreira Alvim onde com base em Luis Ramon Madozzo, classifica como sendo duas as funções fundamentais da multa do artigo 461 do CPC:

- a) função cominatória, que surge da decisão judicial que impõe uma condenação pecuniária a quem não cumpre uma ordem dada pelo juiz no uso de seus poderes;
- b) função sancionatória, que se dá no suposto de que o obrigado – em que pese a cominação – não cumpra sua obrigação, caso em que não existe mera coação psicológica, senão pena *stricto sensu*, traduzida na aplicação direta do que até então constituiu só uma ameaça.¹⁶⁶

¹⁶⁴ ESMEIN, Adhémar et al. L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 36, 1903.

¹⁶⁵ ESMEIN, Adhémar et al. L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 37, 1903.

¹⁶⁶ ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 110.

Note-se pois que a questão entre *coerção*, *sanção* e mesmo *execução*, terminam por dialogar constantemente com os dois planos distintos do *ordenamento jurídico* apontados por Darci Guimarães Ribeiro: um deles com função *psicológica* hierarquizando interesses e permitindo a adesão espontânea; outro, com função *judicial*, onde uma vez violados os preceitos, deve o juiz fazer com que se volte a respeitar os valores eleitos pelo sistema¹⁶⁷.

Ou seja, a questão das *sanções – aí incluídas as astreintes* – apresentam-se por diversas vezes como o *Deus Romano Janus* que possuía duas faces, uma voltada ao *passado* e outra *para o futuro*. Isto porque, em termos de sanções, o antes e o depois estão umbilicalmente ligados. Ainda que a função primordial das *astreintes* seja *coercitiva* só haverá coerção se a ameaça for concreta, ou seja, se o descumpridor for de fato *punido* pela transgressão.

Tanto maior será a eficácia da sanção *quanto mais ela se distancie de passar por uma mera ameaça sem consequências*. Quando o eventual descumpridor, ao pretender testar a robustez da sanção, *receba de pronto a penalidade correspondente*, isto não é outra coisa senão afirmar a existência do um fator *punitivo na sanção*. Fator punitivo este que *não se liga somente a punir o transgressor, mas sobretudo, zelar para que a ameaça representada pelas astreintes, não se torne um blefe vazio*¹⁶⁸. E ao se demonstrar que a ameaça – coerção – é real, vale dizer, que a ameaça não é vazia mas de fato enseja e gera punição, com isso se estará também reafirmando e fortalecendo o caráter *coercitivo* da sanção.

Assim, em síntese, reafirma-se que as *astreintes* tem de fato caráter fundamentalmente *coercitivo*, sendo que – e esta é a distinção que fazemos – *tal caráter somente existirá, se e quando houver descumprimento da ordem judicial também haja a punição do transgressor, na exata medida da ameaça (coerção) da qual foi advertido mas que preferiu, voluntariamente, desafiar*. Punição e coerção, como já dito, são assim, faces de uma mesma moeda: é possível dizer-se qual está visível ou voltada para cima em dado momento; mas não há como existir uma sem a outra.

Outro aspecto em que ousamos divergir de substancial parte da doutrina, diz respeito ao caráter *acessório* das *astreintes*.

Mencionam tais autores que, sendo as *astreintes* um mero meio para a obtenção de um fim, estas somente se justificariam enquanto este “fim” ainda é almejado. Para tanto – e aqui o equívoco

¹⁶⁷ Sobre a existência dos planos *psicológico e judicial no ordenamento jurídico*, vide RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela Jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-30.

¹⁶⁸ A bem da verdade, parcela considerável da doutrina refere perceber dose de punição quando da incidência das *astreintes*, negando-se no entanto em dar ênfase a este aspecto punitivo, talvez pelo receito de confusão com a cláusula penal como já mencionado. Ocorre que, do ponto de vista das *teorias do comportamento humano estudadas*, a “sanção punitiva que não pune”, terá como consequência não mais ser respeitada no futuro, não gerando *nem condicionamento, nem cumprimento do preceito*.

na nossa opinião – ligam as *astreintes a obrigação* posta em causa, ressaltando que, quando esta obrigação não for mais exigível como por exemplo, por uma superveniente sentença de improcedência – as *astreintes, por serem acessórias da obrigação almejada, accessorium sequitur principale*, ou seja, extinta a obrigação principal, automaticamente se extinguiriam as *astreintes*.

Nesta linha de pensamento, observe-se o quanto narra Guilherme Rizzo Amaral

A classificação das *astreintes* como técnica de tutela (portanto, meio) para através da coerção, pressionar o devedor ao cumprimento de determinada decisão judicial, autoriza uma segunda conclusão: as *astreintes* possuem caráter acessório, ou seja, como técnica destinada ao alcance de determinado fim, só tem razão de existir quando este fim ainda é almejado.¹⁶⁹

A crítica a esta posição deve ser feita, por assim dizer, de forma parcelada. Primeiro porque, de fato, *as astreintes são um meio* para a obtenção de um fim. Correto pois que, quando *o fim almejado* não for mais *desejado*, deve-se deixar de empregar o meio que se estava a utilizar para alcançar o resultado.

Ocorre que a doutrina acima mencionada *relaciona* que a *astreinte é um meio* para o *cumprimento da obrigação* de direito material. Nós, ao revés, insistimos que as *astreintes são de fato um meio*, mas para o cumprimento de uma *obrigação processual*, que vincula todas as partes e que se exprime pelos deveres processuais de conduta, sobremaneira, de respeito as ordens judiciais.

Já quanto a questão da *acessoriedade*, não podemos em nenhum aspecto concordar que sejam as *astreintes acessórias para o cumprimento da obrigação* (de direito material). Ligar as *astreintes* a obrigação de *direito material*, é negar-lhes o seu caráter de coerção *processual*, ou negar que a coerção processual exista para que se cumpram *ordens* e não *relações obrigacionais descumpridas*. Se as *astreintes* guardam alguma *acessoriedade*, *é com a ordem (puramente processual) do juiz* não com a obrigação posta em causa.

Antes que se cause algum espanto, quer se dizer com o vocábulo *ordem processual* – expressão que pode parecer redundante – que *somente desaparecerão as astreintes, por uma relação de acessoriedade, se desaparecer – por exemplo por algum vício – a ordem em sí do juízo*. Por exemplo, por falta de ciência do *devedor (falta de pressuposto processual)* ou por *corrupção ou conluio com as partes*, fatos que atingiriam o *plano processual* e portanto, *a ordem judicial*. Em contraposição, a *ordem judicial que decidirá sobre o mérito*, não tem o condão de, uma vez julgada a causa em favor do réu, *retroagir para riscar do mundo o eventual descumprimento da ordem (processual)*.

¹⁶⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

Com a autonomia do *plano processual* consubstanciaram-se deveres de conduta que *impõe as partes o seu cumprimento*. Independentemente de terem ou não razão quanto ao mérito da causa. Isto é assim pois, não apenas para a manutenção da ordem e da ética na tramitação do feito; também o é porquanto, *para atingimento de determinados fins, é necessário a colaboração dos cidadãos para com as ordens estatais*. Por exemplo, reconhece-se o direito de um *policia*l abordar um cidadão, tendo ele *suspeitas se o indivíduo é ou não o autor de determinado delito*. O cidadão abordado *tem o dever* de colaborar, *ainda que ele próprio se saiba inocente*. Não se lhe reconhece o direito de *por-se em fuga, em razão de que, ele próprio, se sabe inocente. É uma contingência, ou um preço, que se paga por se viver em sociedade*.

Este arcabouço que determina, por assim dizer, *um dever geral de obediência as ordens estatais* – cuja eventual desconformidade deve se dar através das vias processuais e administrativas cabíveis e não por “*desforço pessoal*”, legítima defesa ou autotutela – é, ademais, corolário necessário de um Estado Democrático de Direito.

Se cada vez mais se reconhece o *direito processual* como um espaço para a *construção da solução do caso concreto, com participação das partes na construção desta resposta*, duas conclusões nos assaltam a mente: a) primeiro que, este ambiente de construção da solução deve ser fortemente ético. Daí porque, impor-se deveres de conduta *desvinculados* dos direitos materiais postos em causa e b) se a *resposta do caso* é de fato algo construído – e não já preexistente – fracassa a hipótese do *perdão* ao vitorioso na demanda, por ter descumprido uma ordem judicial.

Isto porque, se o *comportamento réprobo* veio a ser depois, *coincidente com o autorizado pela decisão*, esta correlação se dá muito mais *por uma questão de coincidência*, do que propriamente por uma previsibilidade *a priori*, do resultado de um processo judicial.

Não se pode permitir que o indivíduo *aposte* contra o juízo, no sentido de descumprir as ordens judiciais, *na crença* de que a decisão final do processo lhe seja favorável. Isto porque, se assim for, permitir-se-á a tal parte *ter uma conduta indesejável ao longo do processo*, conduta esta que poderá prejudicar o resultado *da melhor compreensão da causa*. Ou seja, o descumprimento de deveres éticos, poderiam fazer com que o próprio descumpridor se favorecesse da confusão causada ao juízo, e não é de hoje que o direito veda que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁷⁰.

Também as *astreintes* não podem ser criadas pelas partes. Pactuações de multas diárias para o caso de descumprimento de contratos *não são astreintes*, senão mera cláusula

¹⁷⁰ *Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.*

sancionatória. Falta, na pactuação do particular, justamente o *imperium judicial* - que somente será alcançado em juízo havendo *ordem* estatal – jamais por vontade das partes. A multa (ou cláusula penal) – ainda quando pactuada sob a forma de multa diária¹⁷¹ - é contratual. As *astreintes são processuais*. Aí mais uma vez, o elemento *processual*, a fim de ditar a tônica a presidir a análise do instituto.

Também não poderão as partes, previamente, pactuar um limite para a incidência das *astreintes*. Pela mesma razão, as *astreintes refogem a estrita vontade das partes*, sendo também interesse do Estado fazer cumprir as *suas ordens*. Razão pela qual, no ponto, assiste razão a Guilherme Rizzo Amaral, quando ensina que “As *astreintes*, como técnica de tutela a ser utilizada pelo poder jurisdicional estatal, não podem encontrar limitação na vontade das partes, visto que se revestem de um caráter público, sendo inerentes ao poder de *imperium* do juiz”¹⁷².

Nesta esteira agregamos então a última característica que entendemos estar presente nas *astreintes*, qual seja, a sua natureza *processual*, não existindo *astreintes fora de um processo judicial*. Isto porque tendo por escopo proteger aquilo que chamamos de “*plano*” *processual* - em síntese, as ordens do juízo e os *deveres de conduta* impostos a todos os litigantes – que são deveres que, ao fim e ao cabo, derivam da própria sociedade que a bem a convivência e da paz social, despiu-se do seu direito de *autotutela* depositando o direito/dever de fazer justiça nas *mãos do Estado*.

Ou seja, ao final, a conceituação que fazemos das *astreintes é de que é ela uma multa pecuniária, cumulativa, infinita, com valor proporcional as circunstâncias capazes de ensejar o seu descumprimento*¹⁷³, de natureza coercitiva e processual.

4.3 DO QUANTUM DAS ASTREINTES

Possuindo caráter primariamente *coercitivo*, ou seja, destinando-se a representar ao devedor uma séria ameaça que seja capaz de compeli-lo a cumprir a obrigação, **é da essência das *astreintes* serem arbitradas em valores elevados.**

¹⁷¹ Evidencia-se que não é o fato das *astreintes* incidirem na modalidade de *multa por unidade de tempo* e a cláusula penal incidir *a um só golpe* que diferencia os institutos. Isto porque as *astreintes* podem também incidir mediante “golpe único” nas obrigações em que o cumprimento deva se dar em um único e específico momento no tempo – como por exemplo, garantir o acesso do autor em um dado evento que ocorre uma única vez – bem como pode a multa contratual ser pactuada na forma de multa diária. Nem uma nem outra situação, permitem confundir os diferentes institutos.

¹⁷² AMARAL, Guilherme Rizzo. **As *astreintes* e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175.

¹⁷³ Preferimos a expressão “*circunstâncias capazes de ensejar o seu descumprimento*” do que somente “*patrimônio do devedor*” em razão do quanto será visto no capítulo atinente a fixação do valor das *astreintes*.

Ademais, não havendo outra forma de medida coercitiva a ser aplicada ao réu que reluta em cumprir a *obrigação que lhe é determinada* - uma vez não se admitir no Brasil a pena corpórea no âmbito civil¹⁷⁴ - as *astreintes* se revelam, sobremaneira nas obrigações infungíveis, como *única medida ao alcance da parte e do Juiz*.

Há na verdade, posição uníssona na doutrina nacional e estrangeira de que o valor das *astreintes* deve ser fixado em patamares sabidamente elevados - senão exorbitantes - eis que justamente a sua função é dobrar a vontade do devedor.

Neste diapasão, Eduardo Talamini faz curiosa observação onde

Se a medida coercitiva é o único tiro de que se dispõe, cumpre empregar munição suficiente. Ela não pode ser desperdiçada. Uma multa acanhada – pede-se licença para prosseguir na figura de linguagem – não passa de um tiro de festim.¹⁷⁵

Já de longa data, apontavam Marcelo Planiol e Jorge Ripert que

[...] los intereses de demora se caracterizan por la exageración de la cuantía de la condena pronunciada contra el deudor. Lejos de proporcionarla al perjuicio causado al acreedor por efecto del retraso, el Tribunal no se inquieta por su cuantía exacta ni aún por su existencia, fijando los intereses arbitrariamente y por un tanto voluntariamente excesivo. Esto es conforme con su finalidad. Hace falta que el deudor se vea impulsado por su propio interés, no obstante su mala voluntad inicial, a ejecutar mejor que exponerse a sufrir el importe de los intereses de demora. Ese interés solamente podrá resultar de la cuantía desproporcionada de ellos. El Tribunal la fijará tomando en cuenta no sólo el valor del objeto debido, en sí mismo, sino también los recursos y la capacidad de resistencia del deudor.¹⁷⁶

É verdade que, do ponto de vista do *processo de decisão humano*, sobremaneira da teoria econômica sobre o comportamento humano, no mínimo, o valor das *astreintes* deve ser de tal ordem que, *não faça sentido, do ponto de vista econômico*, descumprir a ordem judicial.

Em outras palavras: se for financeiramente *vantajoso* ao devedor descumprir a ordem judicial, há enorme chance de que assim ele proceda. E o que é pior: sendo a multa em valor baixo, pode haver certo aspecto simbólico, no sentido – obviamente equivocado – de que, pagando a multa estaria o devedor de certa forma, justificando ou ressarcindo o descumprimento da ordem judicial.

¹⁷⁴ Exceto no caso do devedor de pensão alimentícia.

¹⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 71.

¹⁷⁶ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado practico de derecho civil frances**. Trad. Mario Diaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brussne. [S.l.]: Cultural, 1945. t. 7, pt. 2, p. 95-96.

Justamente o valor das *astreintes* deve ser de tal magnitude que faça com que a ordem judicial seja, *do ponto de vista das possíveis consequências*, absolutamente irresistível ou, senão isso, de consequências dramáticas ao patrimônio do devedor.

Note-se que

Le chiffre de 1.000 francs par jour a été assez souvent adopté, quand l'intérêt en jeu était grave et que le débiteur récalcitrant était très riche ; on est allé jusqu'au chiffre de 10.000 francs par jour. Il n'est point alors de fortune qui puisse résister à une pareille machine. Alors même que le taux est modeste, fixé à quelques francs par jour, le résultat de la multiplication, si là résistance se prolonge, peut encore être considérable.¹⁷⁷

A verdade é que, embora haja uma forte tendência doutrinária no sentido de deverem as *astreintes* ostentar valor elevado, não se encontra ainda uma clara doutrina que aponte elementos indicadores (ou informativos) para balizar a sua quantificação.

Impera – ainda - no caso, a importância de elementos derivados do *puro casuísmo*.¹⁷⁸

Por outro lado, como nos lembra Guilherme Rizzo Amaral “Não apenas na aplicação das *astreintes*, mas em todos os atos praticados pelo juiz ou qualquer outra autoridade estatal, devem ser observados os chamados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.¹⁷⁹

Surge assim intrincada questão, qual seja, de fixar-se o valor das *astreintes* em quantia sabidamente elevada, sem que isso possa se mostrar como ato de abuso ou puro arbítrio judicial. Como então conciliar a *liberdade de fixação no valor das astreintes*, sem que isso possa significar uma porta aberta às arbitrariedades?

A doutrina aponta que há critérios que devem orientar o juiz na fixação do valor das *astreintes*. Observe-se:

Sendo a *astreinte* medida que ameaça o patrimônio do réu, é imprescindível a definição de regras que irão determinar a fixação do seu valor. Regras que parecem estar longe de serem definidas, quando autores de escol afirmam que nenhum critério substitui o do puro casuísmo. Nesse diapasão, é interessante o ensinamento de Araken de Assis “O juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da multa – e a magnitude da provável resistência, preocupando-se apenas em encontrar um valor

¹⁷⁷ ESMEIN, Adhémar et al. L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'Astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 7, 1903.

¹⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 168.

¹⁷⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133.

exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor'.¹⁸⁰

E prossegue Guilherme Rizzo Amaral:

Entendemos que a lição do processualista gaúcho encerra dois pontos importantes, que de certa forma não podem ser apartados. O primeiro deles diz com o patrimônio do devedor. Através da análise da grandeza patrimonial do réu, ter-se-á a primeira amostra da sua capacidade de resistência. Entretanto, é necessário ainda que se vislumbre interesse de resistir. A magnitude da provável resistência resultará da combinação da capacidade patrimonial e do interesse - o que chamaremos de relação custo benefício - na resistência do réu.¹⁸¹

Esta relação entre patrimônio do réu e seu interesse em resistir contra a ordem judicial tem sido um dos critérios informativos para a quantificação do valor *por dia/multa (ou melhor por tempo/multa) das astreintes*.

Neste mesmo diapasão, leciona Eduardo Talamini onde

A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário - ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos, prévios e abstratos para a sua definição. O julgador há de estabelecê-los levando em conta as duas balizas, 'suficiência' e 'compatibilidade', e sempre com o preciso exame do caso concreto.¹⁸²

Em verdade, embora não se encontre - aliás se está longe disto - uma uniformidade de critérios para quantificar a fixação das *astreintes*, os elementos da *suficiência e compatibilidade* tem sido repetidos na jurisprudência nacional, embora sejam expressões que não traduzam de forma precisa um critério de quantificação. sendo, de regra, trazidos outros elementos - também genéricos (ou principiológicos) - para justificar o valor da multa.

Observe-se

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. [...] ASTREINTES. VALOR MANTIDO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. [...]. A 'astreinte' tem por escopo agir como um meio de coerção indireta, a fim de propiciar a efetividade das ordens de fazer ou de não-fazer imposta pelo poder jurisdicional, sejam elas impostas na tutela antecipatória ou na sentença. Não

¹⁸⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 168.

¹⁸¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 169.

¹⁸² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 248-249.

há falar em preclusão ou coisa julgada relativamente às astreintes. Há a possibilidade/necessidade de readequação do valor fixado a título de astreintes, inclusive de ofício, a fim de corrigir eventuais desproporções que venham a ocorrer, sob pena de inviabilizar-se a aplicação do instituto. Não há um critério absoluto para a fixação das multas periódicas, no caso, mais especificamente, multa diária, devendo ser estabelecida a partir do binômio **suficiência-compatibilidade**, atentando-se **para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**¹⁸³, de modo a incomodar o obrigado, induzindo-o a adimplir. Caso concreto em que o valor de R\$ 30.000,00 não merece qualquer reparo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.¹⁸⁴ (grifo nosso).

Importantíssimo advertir-se que não se pode confundir a expressão *compatibilidade* com alguma eventual ilação da *vinculação* da multa ao valor da obrigação discutida no processo¹⁸⁵. Em verdade, como já mencionado, o valor da multa deve ser, inclusive, desproporcional (para maior) em relação ao valor da obrigação, justamente para compelir o obrigado a cumprir com a ordem judicial.

Assim, correta a observação onde

Parece-nos, sem dúvida, que a regra contida no §4º do artigo 461 concretiza esse princípio, ao determinar que a multa será suficiente ou compatível com a obrigação. Isso não significa limitar as *astreintes* ao valor da obrigação

¹⁸³ O que seria *razoabilidade e proporcionalidade em termos de fixação de astreintes(?) quando estas podem (ou devem), justamente, serem “desproporcionais” e “irrazoáveis” do ponto de vista do seu contejo com o valor da obrigação, justamente para compelir o devedor?*

¹⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70046754545**, 5ª Câmara Cível. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Porto Alegre, 11 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=agravo+70046754545&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 22 set. 2014.

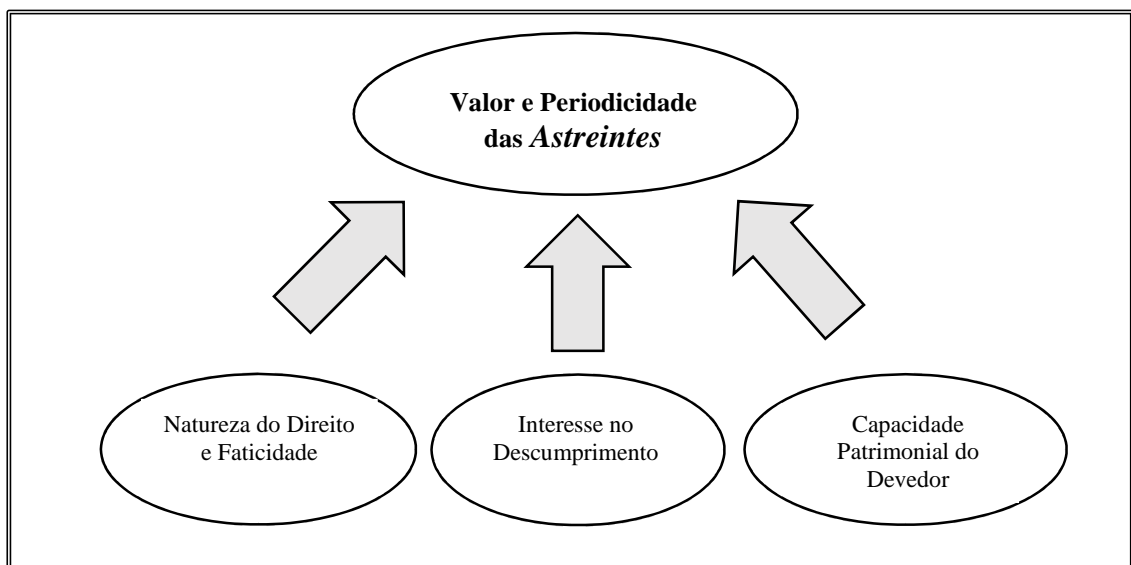
¹⁸⁵ Adotamos assim, posição totalmente antagônica a qualquer decisão que vincule as *astreintes* ao valor do “principal” discutido no processo. Observe-se a seguinte decisão que, ainda recentemente, vincula as *astreintes* ao valor do bem da obrigação principal. Observe-se: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA SUSPENSÃO DE ATOS EXECUTÓRIOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA CASA BANCÁRIA PARA REDUZIR O VALOR DA MULTA DIÁRIA, VISTO QUE FIXADA EM QUANTIA TERATOLÓGICA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA DO MUTUÁRIO. 1. Esta Corte já decidiu que o artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil permite ao magistrado alterar o valor da multa quando este se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença. Precedentes. 2. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, **determinada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa**. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido”. (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.099.928/PR**, 4ª Turma. Agravantes: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 11 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802373890&dt_publicacao=17/11/2014>. Acesso em: 26 nov. 2014.

contida no preceito judicial, mas adequar a sua aplicação o seu valor ao resultado que se busca alcançar com sua aplicação.¹⁸⁶

Desta sorte, da análise da doutrina e jurisprudência – nacional e estrangeira – entendemos em formular nossa própria proposição sobre um método – ou critério – para orientar o julgador na fixação das *astreintes*, o qual leva em consideração, o *possível interesse do devedor no descumprimento*, a *capacidade patrimonial do devedor* e, ainda, acrescenta a estes a *natureza do direito* posta em causa.

Observe-se o diagrama abaixo:

Figura 1 – Elementos necessários para a fixação do valor e da periodicidade das *astreintes*



Fonte: Elaborado pelo autor.

No sistema acima apontado (Figura 1), entendemos estarem reunidos os elementos que devem nortear qualquer fixação de *astreintes*, seja no seu valor, seja na sua periodicidade. São elementos que *sempre* devem estar presentes na *quantificação das astreintes*, o que não quer dizer que outros elementos não possam ser agregados, diante de peculiaridades do caso concreto.

No esquema acima apresentado (Figura 1), leva-se em consideração *critérios de teoria economia*, ou seja, de que não se permita que o devedor calcule a *vantagem* em descumprir a ordem judicial (interesse no descumprimento); a *capacidade do devedor suportar o descumprimento* (patrimônio do devedor); e também agregamos outro elemento, um *critério informativo* acerca **do direito posto em causa e da sua faticidade**.

¹⁸⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136.

Note-se que utilizamos este elemento do direito posto em causa, não para voltar a vincular as *astreintes* ao direito material, mas reafirmando nossa opção de *compromisso* do direito *processual* com o material. Assim, *o direito processual, no caso a sanção processual das astreintes*, será mais eficaz – e portanto mais apta a concretizar direitos – se observar a natureza do direito posto em causa. Assim, ainda que o devedor seja o mesmo, por hipótese, uma operadora de plano de saúde, as *astreintes que visem compelir* tal operadora a incluir alguém em um plano de saúde, no prazo máximo de trinta dias, não pode ser a mesma daquela que se destine a obrigar esta mesma operadora a autorizar uma cirurgia que deva ser feita *com total urgência, em prazo de algumas poucas horas*.

Da mesma forma: uma *astreintes* fixada para que a Companhia de Energia Elétrica não inscreva o consumidor em órgãos restritivos de crédito enquanto tiver sendo contestada a conta de luz, não pode ser a mesma que venha a ser fixada para que tal Companhia efetue um reparo na rede elétrica; que não deve ser a mesma que venha a ser fixada, caso tal reparo esteja, por exemplo, causando risco de choque elétrico em pessoas que estejam na via pública.

Nos exemplos citados, o *patrimônio do devedor* não se alterou. Possivelmente, o interesse no descumprimento também não tenha se alterado (ou seja difícil aquilatá-lo como se verá logo abaixo). Fundamentalmente o que se altera, é *o elemento obtido do fato*, qual seja, **a natureza e facticidade do direito posto em causa**.

Por outro diapasão, observe-se que quando se fala em possível *interesse* no descumprimento, o que se quer dizer é que a equação *cumprir/descumprir* a ordem judicial não pode *fazer sentido do ponto de vista econômico*. Jamais pode haver, no caso, o chamado *inadimplemento eficaz*, ou seja, aquele que, embora o devedor deva adimplir com as consequências do inadimplemento, isto seja a ele menos custoso do que cumprir a obrigação.

Observe-se agora a seguinte lição:

Haverá casos em que o réu, embora de patrimônio reduzido, venha a auferir grande vantagem patrimonial justamente pela prática reiterada de conduta que lhe é proibida por dever de abstenção declarado no preceito judicial. É evidente a insuficiência da simples análise do patrimônio do demandado, neste caso, para o cálculo da multa.

Da mesma forma, poderá haver réu de patrimônio abundante, mas que, diante de obrigação de pequeno valor e interesse, dispense uma ameaça desproporcional a seu patrimônio para sentir-se pressionado ao cumprimento da ordem judicial.¹⁸⁷

¹⁸⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 168.

Assim, quando se fala em *interesse* no descumprimento, se está a falar do ponto de vista econômico ou, quiçá, utilitarista – para que o *inadimplemento da ordem seja, de fato, algo ruim ao devedor* – e não circunstâncias que envolvam *reflexões internas* do devedor, insondáveis ao julgador.

Aqui, entretanto, reside um aparente problema. É que, para a verificação da necessidade de imposição da multa processual, em tese seria preciso conhecer justamente o ânimo do réu. Caso este estivesse disposto a cumprir, espontaneamente, ordem judicial, desnecessária mostrar-se-ia a imposição de multa. O problema, como dito, é apenas aparente. Isso porque, nesse caso específico, a fixação de multa desnecessária não causará nenhum prejuízo ao réu que, cumprindo a obrigação elidirá a incidência das *astreintes*.¹⁸⁸

Note-se a bem lançada observação da doutrina acima reproduzida. De fato, deve ter o julgador *bastante presente* que as *astreintes* ***jama***s poderão representar uma *condenação certa ao devedor*. Ao contrário. Basta ao devedor *cumprir a ordem judicial para que as astreintes jamais incidam*. Repousa unicamente nas mãos do réu tornar-se ou não, devedor das *astreintes*. Corolário do quanto acima exposto é que sendo impossível o cumprimento da obrigação descabe a incidência das *astreintes*.

4.3.1 As *Astreintes* e o Devedor Desprovido de Patrimônio

Questão que merece uma rápida análise diz respeito a possibilidade de se determinar a incidência de *astreintes* frente a devedor com pouco ou nenhum patrimônio. Observe-se a seguinte lição:

Na fixação da multa, deve então perquirir o magistrado, primeiramente, se ela terá o condão de pressionar eficazmente o réu para a prática de determinada conduta, imposta pelo comando judicial. Assim, **sendo o réu desprovido de patrimônio**, ou sendo impossível o cumprimento da obrigação contida no preceito, não há falar em aplicação da multa, visto que inadequada, inapta para pressionar o réu a cumprir a determinação judicial¹⁸⁹. (grifo nosso).

Da doutrina acima exposta, divergimos no tocante ao caso do devedor sem patrimônio. Não entendemos que, *a priori*, sejam descabidas as *astreintes* no caso de devedor desprovido de patrimônio. Preferimos taxá-las de *questionáveis* - enquanto método de execução indireta -

¹⁸⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135.

¹⁸⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135.

quando o devedor não possuir patrimônio. E assim nos posicionamos, justamente, em razão do seu caráter predominantemente coercitivo. Note-se que, por exemplo, entendemos que multas *punitivas*, como a do artigo 475 – J do CPC, não devem incidir quando o devedor não possuir patrimônio. Isso em razão de que não faz sentido, *punir-se um devedor que não cumpre a obrigação – de pagar¹⁹⁰ – justamente por não possuir condições financeiras para tanto.*

No caso do artigo 461 e seguintes do atual Código de Processo Civil, se está diante de obrigações de fazer e de não fazer, vale dizer, obrigações que não dependem, necessariamente, que o devedor detenha algum patrimônio para que possa cumpri-las.

Assim, o fato do devedor ser pobre não o impede de cumprir uma obrigação de fazer ou não fazer (ou também, de dar, a depender do caso concreto). Se a obrigação de fazer ou não fazer depender de recursos financeiros que, de fato, o devedor não possua, isto sim, pode ser óbice para o curso das *astreintes*, em razão de que, no caso, a obrigação terá se tornado *impossível* àquele devedor.

Também o argumento que aponta que o devedor *pobre* não teria patrimônio *executável* para cobrar as *astreintes* não nos impressiona. Isto porque só incidirão as *astreintes na hipótese de descumprimento da ordem*. Uma vez incidam, de fato, poder-se-ia esbarrar na impossibilidade de execução *por quantia* do valor apurado das *astreintes*. Isto não significa, no entanto, que não haverá, no caso, efeito coercitivo. Constituir-se-á crédito em favor do credor que poderá - até que tal crédito seja fulminado pela prescrição - executar judicialmente o devedor que, por razões inumeráveis, pode ter sido granjeado com ventos de boa sorte financeira. Impedir-se as *astreintes* em casos tais, significaria um exercício de *previsão do futuro financeiro do devedor*, coisa que não calha bem nem ao Direito nem a qualquer ciência.

Sobre outro diapasão e, aproveitando o ensejo de se estar a tratar de *pobreza* ou de *despojamento de patrimônio*, tais situações, em nenhuma hipótese, poderão influir na fixação do *quantum* da multa, quando o *desprovido de recursos seja o autor da ação*, ou seja, **não entra – e não poderá entrar - nos elementos de quantificação das *astreintes* o patrimônio daquele que é o seu eventual beneficiário, seja ele uma empresa multinacional, ou um assistido pela defensoria pública.** Absolutamente equivocado pois, no caso, qualquer ilação com o conhecido *binômio* em termos de direito de família quando da fixação de alimentos, que leva em consideração *a pessoa (e o patrimônio) de quem paga e a pessoa que os recebe*.

¹⁹⁰ Se a obrigação é de pagar e o devedor *não possui patrimônio*, a questão resolve-se em *impossibilidade de cumprimento* e não em forçar a vontade do devedor.

Analisar o patrimônio de quem *recebe* o crédito das *astreintes* pode causar indevidas distorções senão mesmo, discriminações no uso do instituto.

4.4 AINDA SOBRE O VALOR DAS *ASTREINTES* - A PREOCUPAÇÃO

(EXACERBADA) NO BRASIL COM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (!) E DA INCONVENIÊNCIA DE UM VALOR MÁXIMO (TETO) DE *ASTREINTES*

As *astreintes* tem nos demonstrado a existência de um paradoxo que muito nos revela sobre os operadores do Direito, o estágio de amadurecimento da Democracia, do Poder Judiciário, alfim, da própria sociedade.

Neste diapasão, já se registrou no presente trabalho que a sanção punitiva visa jamais incidir, eis ter a intenção de funcionar como um “ímã” que *repele* o descumprimento. Ocorre que, a capacidade da *sanção* de reprimir o descumprimento do preceito está diretamente relacionada a sua *intensidade*.

Anotou-se também que as *astreintes* devem ser sanções de *altíssima intensidade*, vale dizer, de valores *elevadíssimos*, a fim de cumprirem com sua função *coercitiva*, ou seja, *desestimular ao máximo o obrigado em descumprir a ordem judicial*.

Tudo até aqui parece bem assimilado em termos de Judiciário Brasileiro. O problema – e o mencionado paradoxo - ocorre quando as *astreintes*, de fato, incidem. Mas indaga-se: qual o problema? E qual o paradoxo? E a resposta é, de certa forma, cercada de certa dose de incompreensão, senão, pede-se vênica pela expressão, alguma dose de falta de *amadurecimento do sistema*.

Isto porque, sendo as *astreintes* fixadas em valores bastante elevados, uma vez que elas incidam, isto gerará um crédito, de fato, bastante alto ao credor. Este crédito, não apenas no Brasil, tem representado algum desconforto – em razão do seu alto valor - em certas instâncias do Poder Judiciário.

A fim de demonstrar que tal questão não ocorre apenas no Brasil, observe-se que

É bem verdade que na doutrina francesa, por exemplo, há tendência de se ver na atribuição do crédito da multa ao autor um motivo para enfraquecimento da eficiência do mecanismo. Alega-se que os juízes, cientes de que a cumulação das perdas e danos com um quantum elevado a título de multa

geraria ganho excessivo ao demandante, acabem, na prática, por estabelecê-la em valor diminuto, sem que ela se preste a intimidar o réu.¹⁹¹

Assim, registre-se que vem se criando - e se multiplicando - uma devastadora conduta judicial para o mecanismo das *astreintes*, conduta esta consistente em, *sempre após a sua incidência*, reduzir-lhes o valor *sob o argumento de não gerar enriquecimento sem causa ao credor*. Eis o paradoxo saltando aos olhos: de pretender-se ter uma multa pecuniária forte, por vezes milionária, em um sistema que, por assim dizer, ainda se incomoda com cifras e ganhos milionários.

Com isso criou-se uma espécie de – novamente vênua pela expressão – **blefe judicial; o juiz ameaça com *astreintes* altíssimas, se o devedor “pagar para ver” ou seja, descumprir a ordem, notará que a ameaça jamais se concretizará na íntegra, uma vez que o próprio juiz que as fixou, as considerará excessiva caso venham a incidir.**

Podemos aqui – com todo o vigor – repisar o quanto posto no segundo capítulo do presente trabalho quando se falou sobre o *processo de tomada de decisão, sobremaneira através da ótica da teoria psicológica*. Isto porque a decisão humana *envolve nossas experiências*, as quais se dão fundamentalmente através de atribuições de relações de causa e efeito. Se as *astreintes* tornarem-se um mero blefe, *não há a relação de causa e efeito* e portanto, para aquele indivíduo, minguará o respeito a futuras ordens judiciais. Mas o que é pior: como também já observado, o comportamento humano é em grande parte ditado **pela observação** do que *acontece com os outros*. Ao titubear o Judiciário em imprimir vigor a própria ordem, pratica ato deveras autofágico, **eis disseminar um sinal de que, ele próprio, não cumpre com exatidão as ordens por ele proferidas**. Cuida-se pois, no plano simbólico, de ato absolutamente não recomendado, senão, verdadeiramente desastroso.

Lastima-se mas, de fato, não se consegue observar tal questão sobre outro viés que não seja o do *não amadurecimento completo* da sociedade e, como reflexo, dos operadores do “mundo jurídico”. Ora, inconcebível que o juízo faça ameaças vazias; mais do que isso, que prefira ver sua ordem fragilizada – ao reduzir o valor mesmo diante de devedor recalcitrante – do que “conviver” com o fato do credor embolsar o valor elevado das *astreintes*.

Para tanto, criou-se outro – péssimo – mecanismo judicial no que tange as *astreintes*, qual seja, o do estabelecimento prévio – pelo próprio juízo – de um teto máximo para a sua incidência. Tal teto, cuja única razão de existir é a de atender a *preocupação* do Judiciário com

¹⁹¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 265.

o *enriquecimento do credor*, significa, em verdade, *tolher o caráter coercitivo das astreintes, como se as tivesse fixando com um prazo máximo de incidência*.

Neste sentido, correta a observação onde

É fácil notar que, se fixado um 'teto' para o quantum a ser atingido pelas *astreintes*, teríamos de admitir que elas possuem uma eficácia limitada pelo tempo. Ou seja, após atingirem o referido 'limite' não exerceriam qualquer pressão sobre o réu recalcitrante, o que levaria ao necessário abandono da coerção pela multa e a adoção (se possível, é claro) de outra medida coercitiva ou mesmo de execução por sub-rogação. Verifica-se nesse posicionamento um evidente desprestígio da tutela específica na contramão das reformas que vem sofrendo o processo civil brasileiro.¹⁹²

Dito de outra forma: ao que parece a **preocupação com o enriquecimento sem causa é maior do que a preocupação com o cumprimento da ordem judicial, o que demonstra que algo não vai bem no que tange a concepção do sistema Judicial e do mecanismo das *astreintes***.

Não nos parece haver outra conclusão que não essa, uma vez que descumprimento de ordem judicial, pelo menos na nossa concepção de Estado Democrático de Direito, é um dos fatos mais graves que se pode perpetrar numa sociedade dita organizada. Tal ato arrosta direta e frontalmente, justamente, aquele poder que deveria dar a última palavra e administrar os meios executivos, que outra coisa não é senão, provocar deslocamento (forçado!) de pessoas ou coisas, através de métodos civilizados.

Quando o Judiciário *tolhe as astreintes, volta o problema da intangibilidade da vontade humana*. Ora, *as astreintes existem*, justamente por serem a forma *civilizada* – em oposição a constrição física – *de obrigar o devedor a um fazer (ou não fazer)*. Seria preferível agredir-se *fisicamente* o devedor, com pena de prisão, do que ver o *credor enriquecer*? A resposta para nós só pode ser negativa, daí porque, relutamos tanto em assimilar o atual *standard* que se criou em torno do discurso de haver enriquecimento sem causa nas *astreintes*.

Aliás, aborde-se o ponto agora eis que oportuno. **Não haverá jamais enriquecimento sem causa no caso das *astreintes***.

Observe-se que o instituto - ou o princípio - que veda o enriquecimento sem causa encontra-se plasmado no artigo 884 do Código Civil Brasileiro *ipsis verbis*: “*Aquele que, sem*

¹⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 174.

justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido [...].¹⁹³”

Note-se pois que o centro da questão está na necessária *ausência de justa causa* para que, somente então, possa se considerar a incidência do instituto em análise.

Ocorre que no caso das *astreintes há justa causa para a sua incidência (ordem judicial)* sendo que o valor que eventualmente se acumulou, **somente ocorreu pela inércia do réu devedor**. Há nisto, pois, *justa causa* reconhecida pelo Direito e que, portanto, não se justifica a aplicação do instituto.

Vale dizer: somente incidem as *astreintes* diante de “*devedor recalcitrante e anarquista*”¹⁹⁴ sendo que ao devedor que cumpre com as ordens judiciais, jamais haverão de incidir as *astreintes*. É a conduta do *próprio devedor que legitima as astreintes e que as blindam, em enorme dose, da possibilidade de abuso*.

Convém ainda observar que não pode ser pelo simples fato de seu valor ser elevado, que se utilize como mote para a sua redução a invocação de um princípio – aberto - da vedação ao enriquecimento sem causa. Ora, invocar-se o enriquecimento sem causa com um princípio “aberto” sem atentar que tal princípio encontra-se, no Brasil, densificado no artigo 884 do Código Civil que, por sua vez, *reclama ausência de justa causa para a sua aplicação*, seria deixar uma porta aberta para decisionismos, solipsismos e outras formas de arbitrariedades.

O juiz que leva em consideração o *valor acumulado* das *astreintes* e não a análise da *presença/ausência de justa causa*, está a olvidar o quanto requerido pela legislação pátria para a aplicação do instituto.

Newton De Lucca, ao analisar o tema, consegue reunir de outros autores, três hipóteses que, de fato, parecem bem encerrar todas as possibilidades de se apontar o que é *causa justa* e, portanto, hipóteses estas que *não ensejam* a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa. Observe-se

Ressaltando as agruras que envolvem a precisa definição do que seja *justa causa*, o Prof. Almeida Costa remete-nos ao estudo de Vaz Serra que “...agrupa as diferentes hipóteses em três categorias principais, procurando em cada uma delas a solução do problema. São as seguintes: 1) o enriquecido conseguiu o obtido pela vontade do empobrecido (prestação deste); 2) conseguiu-o sem a vontade do empobrecido, mas pelo acto de uma pessoa; 3) conseguiu-o sem a vontade do empobrecido e sem o acto de outra pessoa, apenas em virtude de uma disposição legal [...]”.

¹⁹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹⁹⁴ PRATA, Edson. As “astreintes” no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, p. 33, 1980.

Numa tentativa didática, pode-se dizer que justa causa é o motivo abrigado na ordenação jurídica, ali encontrando respaldo para justificar a aquisição, modificação ou extinção de um direito.¹⁹⁵

No caso das *astreintes* a justa causa para a sua incidência e acumulação **encontra-se no binômio ordem judicial que a fixou (+) descumprimento voluntário do réu**. Todo o resto está fora do conceito de justa causa e, portanto, pelo menos para o que tange a análise do instituto do enriquecimento sem causa, mostra-se despidendo senão inconveniente.

Note-se pois que, quando o Poder Judiciário está a invocar o “princípio” que veda o *enriquecimento sem causa* para redução das *astreintes*, o faz em desconformidade aos contornos dados por este instituto no Código Civil Brasileiro.

Ou seja, se não se está a aplicar o instituto do enriquecimento sem causa – cujos contornos estão no Código Civil Brasileiro - então indaga-se: estaria o julgador a aplicar em casos tais, “princípios abertos” como o da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*?

Note-se a problemática da questão: primeiro porque as *astreintes* não guardam – e não devem guardar - proporcionalidade com o *objeto* do processo. Os elementos que orientam a sua fixação (no momento da sua fixação inicial e não como uma revisão retroativa final) são aqueles já informados acima, ou seja, o patrimônio do devedor, seu interesse no descumprimento e a facticidade e natureza do direito posto em causa. Após incidirem as *astreintes*, determinar sua revisão com base em princípios como da *razoabilidade e da proporcionalidade (pois como já visto, do “princípio” que veda o enriquecimento sem causa, a rigor não se trata)* abre margem para inúmeras distorções do sistema, ficando as partes sujeitas a percepções puramente subjetivas do julgador, em “achar” ou não, elevado o valor que a multa tomou.

Neste particular, oportuna a observação de Lenio Streck onde

Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ponderação de valores), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calcadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já é um problema, porque a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) o livre cometimento de ativismos. Como se sabe, em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou

¹⁹⁵ DE LUCCA, Newton. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 12, p. 108-109.

seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências.¹⁹⁶

Ademais, vale mencionar Edson Prata que, ao estudar se haveria *enriquecimento sem causa* - e conseqüente *empobrecimento sem causa do devedor* - quando da incidência das *astreintes*, concluiu ser

Inaceitável a argumentação. Empobrecimento aparecerá se o obrigado persistir no seu propósito de desafiar o poder público, desafiando com isso a própria sociedade. Ora, quem se recusa conviver com os sentimentos da sociedade, não seguindo 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 de estreita aliança com a injustiça¹⁹⁷. (grifo nosso).

No entanto, nem tudo está perdido quando se trata de *quantificação* das *astreintes* no Judiciário Brasileiro. Em posição digna de aplausos, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – vem sustentando que o que se deve levar em consideração para análise da adequação do *quantum* da multa é se, **quando da sua fixação**, os valores e a sua periodicidade, atendiam aos critérios necessários para, **naquele momento**, compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.

Ou seja, devem ser avaliados os critérios mencionados pela doutrina – ou aqueles por nós acima apontados – em relação ao *valor/periodicidade das astreintes no momento da sua fixação (e enquanto ela incide ou incidia) e se fazia necessária para vergar a vontade do devedor*. Agora, o ponto importante: não se deve levar em consideração o *quantum* que as *astreintes atingiram*, **em razão de que tal valor deve-se unicamente a conduta do réu recalcitrante**, cujo valor não poderá ser reduzido justamente para se evitar que as *astreintes* se tornem uma ameaça vazia. O réu descumpridor não pode ser premiado pela sua conduta de *arrostar* a ordem judicial.

Colhe-se preciso trecho no acórdão da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quando do julgamento do REsp 681.294/PR, onde observa-se o seguinte trecho

- Não havia qualquer dificuldade fática ou jurídica para que a ré cumprisse imediatamente a determinação judicial. O único obstáculo foi seu descaso pela justiça. Se a multa diária tem por objetivo, como visto, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação, não há como reduzi-la nesta hipótese, pois a conclusão que se retira do contexto fático **é que foi realmente necessário o acúmulo de uma multa pesadíssima para que a ré, finalmente, cedesse à ordem judicial.**

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50-51.

¹⁹⁷ PRATA, Edson. As “astreintes” no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 22, p. 33, 1980.

- A análise sobre o excesso ou não da multa não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – 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.**

Recurso especial conhecido e provido.¹⁹⁸ (grifo nosso).

Ou seja, cuida-se de posicionamento maduro, que não se deixa impressionar com elevados valores porventura em jogo, dando-se conta, neste particular, da maturidade da cúpula do Poder Judiciário Brasileiro.

Justamente por isso, a jurisprudência do mesmo Superior Tribunal De Justiça, que revela que “*a apreciação dos critérios previstos no art. 461 do CPC para rever a fixação das astreintes ensejaria o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, excepcionando-se apenas as hipóteses de valor irrisório ou exorbitante*”¹⁹⁹, deve ser vista *cum grano salis*, isto é a) deve-se saber que o valor da astreintes não devem impressionar caso não guardem relação com o valor da obrigação, pois de fato, *não devem com ele guardar relação* e b) a adequação do valor das *astreintes* deve ser visto com olhos nos elementos que levaram a sua fixação e a necessidade de vergar a vontade do devedor, não ao montante final que atingiram, uma vez que tal montante final e acumulado, está relacionado, unicamente, a renitência do devedor.

Cumpre-nos no entanto e mais uma vez, tentar desvencilhar as *astreintes* e denunciar os elos do direito material que ainda a amarram. Estes elos revelam a dificuldade em se conceber que a *coerção da ordem judicial e os deveres processuais de conduta da parte* sejam libertadas do direito material posto em causa. Ou seja, a teoria civilista da ação não está apenas insepulta; de fato, ela ainda não morreu!

Mesmo assim, insiste em voltar à tona a relação das *astreintes* com a obrigação dita principal ou com a questão discutida no feito, mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque, vê-se em outra *decisão* abaixo transcrita - que aliás, segue a linha de analisar o

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 681.294/PR**, 3ª Turma. Recorrentes: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2008. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401169257&dt_publicacao=18/02/2009>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹⁹⁹ Há centenas de julgados em idêntico sentido, tome-se por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 558.714/PE**, 2ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, DF, 07 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401940417&dt_publicacao=14/10/2014>. Acesso em: 14 nov. 2014.

quantum das *astreintes* pela perspectiva do momento da sua fixação e não da sua acumulação no tempo - a incômoda convivência de sempre ressaltarem e voltarem à tona, elementos que tentam tolher o valor das *astreintes* em razão do direito material posto em causa, bem como, uma preocupação com o *enriquecimento sem causa* (?) originado pelas *astreintes*. Nota-se com isso a dificuldade em desvincular as *astreintes* da obrigação principal, ora proclamando-a para logo após, lhe desautorizar a autonomia e desvinculação. Observe-se:

1.[...] 2. [...] ‘a natureza jurídica das *astreintes* - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele’ (REsp n. 1.354.913/TO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 31/5/2013).3. Consoante o entendimento da Segunda Seção, **é admitida a redução do valor da *astreinte* quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa.** Todavia, se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de *astreinte*, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional.4. Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial. 5. Sob esse prisma, o valor total fixado a título de *astreinte* somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor. 6. Esse critério, por um lado, desestimula o comportamento temerário da parte que, muitas vezes e de forma deliberada, deixa a dívida crescer a ponto de se tornar insuportável para só então bater às portas do Judiciário pedindo a sua redução, e, por outro, evita a possibilidade do enriquecimento sem causa do credor, consequência não respaldada no ordenamento jurídico. [...] 8. Recurso especial parcialmente provido.²⁰⁰ (grifo nosso).

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.475.157/SC**, 3ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorridos: Segredo de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 18 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402082422&dt_publicacao=06/10/2014>. Acesso em: 14 nov. 2014.

Note-se pois que, sob determinado viés, merece aplauso o Superior Tribunal de Justiça ao fixar a análise da adequação do valor das *astreintes* levando-se em conta o momento de sua fixação e não o seu *quantum* final, que é o seu valor diário multiplicado pelo número de dias de descumprimento. Isto porque, insista-se, se o descumprimento for nenhum, o número de dias de incidência da multa será igual a zero e o resultado desta multiplicação resultará também em zero. Vale dizer, resultará em nenhuma multa ao devedor.

Se o valor for elevado, isto significa que o próprio devedor escolheu para si, multiplicar o valor diário por outro número equivalente a dimensão da sua renitência. Isto poderá ter resultado financeiro significativo, que no entanto, não é outra coisa que não *opção* do renitente devedor. Logo, mais uma vez, não há como se *atribuir que possa haver qualquer possibilidade de enriquecimento que seja sem causa*. **Ora, não só a causa está bem estabelecida, como também está expressamente prevista no ordenamento jurídico; não bastando isso, tem supedâneo em afronta a ordem do próprio Poder Judiciário!**

Com perdão pela ênfase, entendemos que se pode ter em relação as *astreintes* diversas opiniões, inclusive, como alguns, a de entender que elas são abusivas. No entanto, parece-nos que será sempre desarrazoada a alegação de que sua incidência e o eventual favorecimento do credor possa ser rotulado como sendo “*sem causa*”. Todo o mecanismo e arcabouço jurídico – além da conduta do próprio réu – lhe dá sustentação ou, em outras palavras, lhe dá *causa*.

Assim, continua a pulsar o já denunciado paradoxo – criado pela jurisprudência - de que *as astreintes devem ser desproporcionais a obrigação - como forma eficiente de obrigar o réu - sendo que, no entanto, após incidirem, buscam os Tribunais restabelecer uma correlação – inexistente - entre o valor da multa e o valor da obrigação ou do direito posto em causa*.

Fica aqui a indagação: direitos sem expressão econômica imediata, ou seja, de que não se possa quantificar a sua expressão teriam multa infinita ou multa irrisória? Pelo raciocínio proposto pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se busca evitar que, ao fim e ao cabo, hajam grandes discrepâncias entre o *valor discutido no processo e o valor das astreintes, como ficariam em tais situações? E como se resolvem tais paradoxos?*

Certamente são questões que, no nosso modesto entendimento, necessitam de avanço, sobremaneira o jurisprudencial. Também um necessário amadurecimento da sociedade e do Estado Democrático de Direito, no sentido de não apenas *proclamá-lo no plano teórico*, mas implementá-lo na *prática*: no caso, o que parece evidente para a sua implementação *prática* é entendermos, de uma vez por todas, *que a vida em sociedade impõe deveres e responsabilidades; que as ordens judiciais têm de ser cumpridas; que seu descumprimento não pode ser tolerado; e – sim – que tal descumprimento deve dar azo à sanções severas*.

Assim, reaparece uma das funções das *astreintes que*, como sustentado nos capítulos precedentes - uma vez tenham incidido - possuem função punitiva que, por sua vez, *educa a sociedade e condiciona comportamentos futuros, o que é desejável ao direito e à coletividade.*

4.5 REDUÇÃO DAS ASTREINTES – IRREDUTIBILIDADE OU INCONVENIÊNCIA NA REDUÇÃO?

A exceção de quando as *astreintes* são deferidas *para cumprimento de obrigações realizáveis apenas em um único e dado momento*, nas demais situações, onde o (des)cumprimento se prolonga no tempo, tal desdobramento temporal não refoge das considerações que se dão nas assim chamadas *relações de trato continuativo*.

Característica central deste tipo de situação é permitir que o juízo reveja o quanto originalmente decidido, *quando as situações que ensejaram a decisão também se tornem diferentes*, eis não ser dado ao juízo, prever como as coisas acontecerão no futuro. Cuida-se da chamada *cláusula rebus sic stantibus*.

Esta característica fora adequadamente apanhada pelo artigo 461, §6º do atual Código de Processo Civil, que previu que *o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.*

A normal legal, apesar de parecer de alguma singeleza, reveste-se de aspectos extremamente importantes para a eficácia e autoridade da *multa coercitiva* ora em estudo.

Primeira indagação a ser respondida diz respeito a saber se há necessidade de ocorrência de fato novo – tal qual ocorre na cláusula *rebus* – para autorizar a revisão da multa. Ou, ao revés, a simples verificação de que o valor tornou-se excessivo, poderia justificar a revisão da multa.

Desde logo, alinhamo-nos por sustentar que o juiz não poderá modificar a multa *sem a ocorrência de alguma circunstância fática nova*. O simples fato da multa – em razão da renitência do devedor em cumprir a ordem judicial – ter acumulado um valor elevado, jamais poderá autorizar a revisão do seu valor. Ao contrário: se a multa se avolumou – salvo hipótese de *cumprimento impossível da obrigação ou ocorrência de caso fortuito ou força maior* – é justamente porque não fora capaz de *vergar a vontade do réu*.

Neste sentido a observação de Eduardo Talamini onde “*A modificação do valor terá de estar fundamentada na mudança dos fatos que haviam ensejado sua definição originária*”.²⁰¹

²⁰¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 249.

Ou seja, “*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*”.²⁰²

Abordando a questão agora sobre outro enfoque, uma vez registrado que em nosso entendimento somente é possível que o magistrado *reveja* o valor e periodicidade da multa à *vista de novos fatos*²⁰³, convém enfrentar questão bastante intrincada, qual seja, a partir de que momento se dará tal redução. Dito de outra forma: o magistrado terá liberdade para *retroagir* a alteração ou periodicidade da multa ou somente poderá empregar efeitos *ex nunc* na sua decisão? Em outras palavras, a alteração da multa à vista de fatos novos, invade o passado, ou atinge somente o presente projetando-se ao futuro?

Sendo o processo um conjunto de atos ordenados (procedimento) orientado por um rígido sistema de preclusão²⁰⁴ destinado a lhe dar impulso rumo ao seu fim e ao progressivo esgotamento das questões tratadas no feito, a multa incidente, não pendendo recurso a seu respeito, **também é atingida pela preclusão.**

Em razão da multa ser um mecanismo de tutela e não a tutela propriamente dita, a sua incidência – uma vez configurado o descumprimento por parte do réu – faz com que a exigibilidade das *astreintes* mostre-se pronta e acabada. Diferentemente do que ocorre com a *tutela jurisdicional* que necessita de confirmação na sentença – quando tiver sido concedida na modalidade de *tutela antecipada* – o *método executivo empregado* mostra-se pleno, válido e irretocável a partir do momento em que irradiou a sua eficácia. À guisa de exemplo, a *ordem de arrombamento* não se *converte em invasão de propriedade*, em razão da superveniente sentença de improcedência do despejo. Pode inclusive converter-se em posterior perdas e danos, mas *no momento em que vigorou, a ordem era lítica e – o que é mais importante - de observância compulsória.*

O mesmo ocorre com as *astreintes*, onde a superveniente decisão de mérito - eventualmente desfavorável - não tem o condão de retroagir ao passado para liberar o réu/obrigado *de ter atentado contra o mecanismo de tutela empregado*. Prosseguindo no exemplo acima iniciado, *não se admite o perdão daquele que atentou contra o Oficial de Justiça*

²⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587.

²⁰³ Note-se que, para majorar a multa, a *prova do fato novo* pode estar, simplesmente no não cumprimento da ordem anterior, a denotar *insuficiência de intensidade da sanção*. Caso o juiz venha a majorar a multa, nestes casos, assim como acontece com a sua redução, a eficácia será *ex nunc*.

²⁰⁴ Preclusão é expressão que pode designar duas diferentes ordens de ideias. a) o *fenômeno que impede que a parte pratique o ato depois do transcurso do tempo, depois de já tê-lo praticado, ou de pois de ter praticado ato incompatível [...]* e b) o *fenômeno que torna uma questão imutável depois de decidida*. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

durante a ordem de arrombamento, por ter lhe seguido, ao final, sentença de improcedência da ação de despejo. No momento que a ordem era válida – eis ser mecanismo de tutela, portanto exercício de *imperium* – o seu cumprimento é obrigatório e as transgressões a tal cumprimento não se apagam com posteriores revogações da *ordem*.

Fixando-se assim o processo e o procedimento como verdadeiro *procedere*, ou seja, o ato de caminhar para frente, salvo pender recurso sobre o ponto (recurso = *re+curso*, ou seja, caminhar “para trás” ou “por onde se veio”) não poderá o Judiciário retroagir para modificar a multa, em período onde ela já tenha incidido.

Essa nossa posição é corroborada por Eduardo Talamini onde “se a alteração do valor fica condicionada a fatos novos, eventual redução apenas será aplicável a partir da ocorrência do fato novo. De resto – e como também é óbvio – não havendo fato novo, descabe a redução da multa”²⁰⁵.

E prossegue Eduardo Talamini:

Havendo diminuição da multa judicial em virtude de alteração das circunstâncias concretas, o novo valor incidirá apenas a partir desses fatos que ensejaram a mudança.

Note-se que não há base legal para o juiz, retroativamente, vir a eximir total ou parcialmente o réu da multa que incidiu e forma válida (a diferença do que se dá, por exemplo, no direito argentino e, com a ‘astreinte provisoire’ no direito francês). A multa só é revisável *ex tunc* se tiver havido defeito em sua fixação. Afasta-se a simples remissão pelo juiz.²⁰⁶

O defeito a que alude Eduardo Talamini, não é aquele que se relaciona ao valor ou periodicidade da multa, consistindo em “defeito” revisável, por exemplo, a agregação de multa em uma decisão de natureza *constitutiva*, onde não há ordem que penda contra o réu.

No entanto, estas hipóteses que o mencionado autor alude à “defeito” também devem ser atacadas no momento próprio, através do manejo recurso adequado à espécie. Ou seja, “[...] o eventual defeito na fixação do valor da multa há de ser atacado no momento oportuno, mediante recurso cabível – sob pena de preclusão [...]”.²⁰⁷

A tese onde *quer se permitir a revisão, a todo tempo, da multa* a fim de não torna-la excessiva, permitindo que o juiz *volte no tempo para modificar o seu valor - mesmo quando já tenha incidido* - encontra semelhante situação no sistema Francês da *astreinte provisoire*.

²⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 85.

²⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 85.

²⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 85.

Esta *relativização* da incidência das *astreintes* diante da possibilidade de sua modificação futura é evidente mecanismo fragilizador da medida, sofrendo severas críticas mesmo na França.

Sachant que l'astreinte n'est que provisoire, le plaideur peut encore espérer qu'ém fin de compte, lors de la liquidation, le juge va la réduire, voire la supprimer. Cet espoir lui est interdit se l'astreinte est définitive, c'est-à-dire sans possibilité de révision. Le caractère comminatoire n'engendre donc son plein et entier effet que dans le cas où l'astreinte est prononcée à titre irrévocable.²⁰⁸

Também neste sentido a lição de Henri Mazeaud et al. onde

Ce second procédé est moins efficace que le premier, puisque le débiteur garde l'espoir d'une liquidation de l'astreinte à un montant réduit, e peut-être de sa suppression.²⁰⁹

Por este mesmo diapasão, prossegue Eduardo Talamini onde

a possibilidade de diminuição retroativa do valor da multa como mera forma de exoneração do réu não só não é contemplada no direito positivo brasileiro, como ainda é alvo de crítica severas nos países em que a legislação a permite. Na França, por exemplo, a *astreinte* provisória é passível de modificação não só no curso de sua incidência. Diferentemente da *astreinte* definitiva (que também vigora no direito francês), ao liquidar a *astreinte* provisória, o juiz pode rever o valor se imposto ao condenado, alterando a taxa incidente ou o período de incidência para mais ou menos. [...] Note-se que mesmo lá não se trata de uma autorização incondicionada para reduzir. Todavia, a doutrina francesa aponta frequentemente a limitação da carga intimidatória dessa espécie de *astreinte*: o condenado tende a apostar na redução ou supressão da condenação que provisoriamente lhe foi imposta.²¹⁰

Assim, a toda evidência, mostra-se correta a nossa tentativa de cunhar um *instituto das astreintes brasileiras* cujos contornos não devem ficar tolhidos, em razão de limitações encontradas noutros ordenamentos jurídicos. Colhe-se a experiência estrangeira que for positiva, rejeita-se o restante.

No caso, a forte crítica existente quanto a *astreinte* provisória na França em muito serve ao Brasil, onde a constante tendência de *relativizar-se o valor da multa diante do "fantasma"*

²⁰⁸ STARCK, Roland e Boyer, **Obligations**: regime general. 5. ed. Paris: Litec, 1997. t. 3, p. 256 apud TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 86.

²⁰⁹ MAZEAUD, Henri et al. **Leçons de droit civil**: obligations: théorie générale. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. 2, p. 1030 apud TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 86.

²¹⁰ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 86.

de que alguém enriqueça com o processo, nos está levando, por vezes, não apenas a desprezar o *imperium* das nossas ordens judiciais, como também importar características *indesejáveis da astreinte francesa*.

Para que serviria importar a *astreinte* provisória – justamente passível de fragilização a todo momento e portanto não cumprindo com a função de *condicionamento diante da incerteza da incidência da sanção* – se tal instituto “*além de não autorizado em nosso direito positivo, não é bem visto nem sequer em ordenamentos em que está previsto*”²¹¹.

Aliás, reduzir-se a multa de forma retroativa quando esta já se implementou e sobre ela não pende recurso, **significaria ofender direito que já incidiu**, que se encontra perfeito e acabado, situação esta vedada no nosso ordenamento jurídico, por força do mandamento constitucional do artigo 5º, XXXVI, da CF/88.

Neste diapasão, colhe-se precisa lição de Alexandre Freitas Câmara onde

A diminuição do valor da multa só pode se dar ex nunc. Jamais se pode admitir que o juiz perdoe o devedor de sua obrigação de pagar uma multa que legitimamente se venceu. E há um argumento em favor da tese aqui sustentada que, a meu ver, é irrespondível. É que a redução ex tunc do valor da multa implica violação a direito adquirido.

[...] O que não se pode negar é que, não sendo cumprida a decisão no prazo, nasce para o demandante um direito de crédito: o direito de exigir do demandado o pagamento da multa já vencida.

Assim sendo, a partir do momento em que se vence a multa, incorpora-se ao patrimônio de seu credor o direito de exigir seu pagamento. E direito incorporado ao patrimônio que já pode ser exercido. Trata-se, pois, indubitavelmente, de direito adquirido.

Aceitar que o juiz tenha poder e reduzi ex tunc o valor de uma multa que – legitimamente – já está vencida e, com isso, reduzir o quantum debeat, diminuindo os contornos do direito do credor é dar ao Estado-juiz um poder que nem o Constituinte Reformador dispõe. Seria, em outras palavras, considerar que o juiz pode, por decisão, fazer o que não se consegue nem por emenda à Constituição.

É, portanto, absolutamente inaceitável a redução retroativa do valor da *astreinte* já vencida.²¹²

Ou seja, “*se nem à lei é dado prejudicar o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada, muito menos o juiz – aplicador que é a norma jurídica – pode em princípio fazê-lo*”²¹³.

Assim há que se pontuar um divisor de águas entre a multa que já incidiu e sobre a qual não pende recurso, e a multa que se projeta para o futuro. A multa que já incidiu e sobre a qual

²¹¹ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 86.

²¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da *astreinte* e efetividade do processo. In: NERY JUNIOR, Nelson et al. (Coord.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 156-157.

²¹³ TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 87.

não pende recurso, deve restar acobertada pela preclusão e, ao final, pela *coisa julgada*. A multa que se projeta ao futuro, como toda relação de trato continuativo, *não restará abarcada pela coisa julgada, podendo ser redimensionada a qualquer momento, desde que hajam fatos novos que assim o recomendem*.

No sentido de haver preclusão para a possibilidade de revisão das *astreintes*, vale a transcrição do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Note-se

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. Descabe discutir temática sobre a qual já houve decisão judicial anterior, pois sobre ela se operou a preclusão (arts. 471 e 473 do CPC). LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. MANUTENÇÃO DA PENA. Caracteriza-se a litigância de má-fé quando a parte utiliza-se de alegações já invocadas e afastadas em outros recursos, com o manifesto propósito protelatório, buscando postergar ainda mais o adimplemento do débito. Agravo de instrumento a que se nega seguimento, porque manifestamente improcedente (art. 557, caput, do CPC).²¹⁴

Há no entanto quem sustente o oposto, ou seja, de jamais haver qualquer tipo de imutabilidade nas *astreintes*, admitindo-se a sua ampla revisão – inclusive retroativa - *desde que tenha se tornado excessiva ou irrisória*.

Um dos defensores desta ideia, Guilherme Rizzo Amaral,²¹⁵ registra que

²¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70062473384**, 19ª Câmara Cível. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Des. Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, 10 de novembro de 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=astreintes+e+improcedencia&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 nov. 2014.

²¹⁵ O mencionado autor, diga-se a bem da verdade, é um dos que mais exploram a questão da não imutabilidade e ampla revisão das *astreintes*. Um dos argumentos centrais para admitir-se sempre a revisão das *astreintes*, é de que em relação a elas não ocorreria *coisa julgada*. Menciona o aludido autor “o crédito resultante das *astreintes* não integra a lide propriamente dita, e não faz parte das questões já decididas relativas a mesma lide. A imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida e não sobre as técnicas de coerção [...]”. AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 268. Respondemos da seguinte forma: primeiramente, quanto a questão do autor concluir que, de fato, as *astreintes* não integram a lide, apenas anotamos que, de fato, as *astreintes* não integram a “lide de direito material”, que traz como consequência, de fato, a não ocorrência de *coisa julgada*, mas não lhe tolhe de nenhuma forma, a ocorrência de preclusão. Como para nós, autonomizamos, por completo, os planos do processo e do direito material – e o mencionado autor não faz a mesma separação na profundidade que fazemos – a sua conclusão *mescla* a lide processual com a lide material *vinculando as astreintes ao mérito* e, ao final, reduzindo-a como mera técnica – menos que ato processual – eis não lhe reconhecer sequer a ocorrência da preclusão.

De qualquer sorte, entendemos ser possível a redução e até mesmo a supressão do valor resultante da incidência das astreintes, visto que não a veda o direito e a recomenda a prática²¹⁶.

Note-se o despropósito. Ao se propugnar por um sistema de *ampla* possibilidade de revisão das *astreintes* no sentido de permitir-se que o juiz possa - mesmo por ocasião da execução - modificar-lhes o valor, nos leva ao absurdo de não apenas não respeitarmos nosso sistema de preclusão - além do desrespeito ao ato jurídico perfeito - mas também, de importar da França apenas as *astreintes* provisórias - revisáveis sempre - **esquecendo-nos de, junto com elas, importar a outra metade do instituto, qual seja, as *astreintes* definitivas!**

Não bastassem as críticas sofridas na França ao seu sistema de provisoriedade das *astreintes* - *em razão do conseqüente enfraquecimento do seu poder coercitivo* - a vingar o entendimento acima exposto, estaria o Brasil adotando *somente as astreintes provisórias*, mecanismo obviamente tímido, fraco e ineficaz. Deixa-se de adotar uma postura *efetiva e concretizadora* de Direitos para se apostar em uma postura de um processo fraco, pouco eficaz, sempre relativizado, **preocupado mais com o sucesso e vantagens de quem recebe as *astreintes*, do que com a sua própria efetividade**. É deixar de optar-se por armas modernas e eficientes e escolher “[...] *velhos trabucos, pesados canhões e bandeiras dilaceradas, impotentes para assegurar vitórias no presente* [...]”²¹⁷.

Neste sentido, merece aplauso a redação do Projeto de novo Código de Processo Civil originário do Senado (PL 166/2010) uma vez que, objetivamente, limitava a atuação revisionista do juiz somente *quanto a multa vincenda*, ou seja, devendo o juiz prover *do hoje para o amanhã*, não podendo *usurpar o passado, onde a multa já incidiu*.

Nesse sentido a redação do artigo 522, §3º do PLS n. 166/2010 "Art. 522, §3º - O juiz poderá, de ofício ou a requerimento modificar o valor ou a periodicidade da multa **vincenda** ou excluí-la [...]”²¹⁸. (grifo nosso).

A seu turno, a tramitação do projeto de Novo Código de Processo Civil que tomou o número 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, prevê em seu artigo 551, §1º, redação ainda melhor do que a do PLS 166/2010. Note-se: “Art. 551, §1º - O juiz poderá, de ofício ou a

²¹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 268.

²¹⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 76.

²¹⁸ SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa **vincenda** ou excluí-la, **sem eficácia retroativa** [...].²¹⁹ (grifo nosso).

Ou seja, perfilham a redação de ambos os projetos do Novo Código de Processo Civil a tese que ora defendemos no presente trabalho, ou seja, uma vez tenha a multa incidido – obviamente ressalvada a hipótese de recurso interposto contra a mesma – a posterior revisão do juiz atingirá *somente a multa vincenda*, não retroagindo para eximir o obrigado do descumprimento que já passou e sob o qual, operou-se a preclusão. Neste sentido, mostra-se superior a redação do PL. 8.046/2010, que ressalta que, inclusive na hipótese de *exclusão* da multa, o agir judicial estará proibido de aplicar-lhe eficácia *ex tunc*.

4.6 AS ASTREINTES COMO ÚNICA ESPÉCIE DE SANÇÃO QUE AGREGA A VARIÁVEL *TEMPO* COMO UM COMPONENTE *ATIVO* NA SUA QUANTIFICAÇÃO

Tema que se liga intimamente a *efetivação e concretização de Direitos*, bem como ao panorama de um *direito processual constitucionalizado*, diz respeito ao mandamento Constitucional introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional 45/2004, que em seu artigo 5º, LXXVIII, prevê *a duração razoável do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, outorgando-lhe *status de Direitos e Garantias Fundamentais* do cidadão.

Com efeito, a questão de uma duração razoável dos processos judiciais é tema da mais alta importância, sendo de muito conhecida a frase de Rui Barbosa de que “*Justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta*”.²²⁰

Mostra-se assim correta a lição onde

a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais²²¹

Ocorre que não se trata de um problema meramente nacional. Observe-se que

²¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo código de processo civil**: comparados e anotados. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280.

²²⁰ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. **Academia Brasileira de Letras**, Rio de Janeiro, [2014]. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/rui-barbosa/textos-escolhidos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 393.

Já no início do século (passado) em conferência que é hoje clássica, o Prof. Roscoe Pound anotava as causas da insatisfação pública com o sistema judiciário. Dentre os motivos apontados desde aquela época, sem dúvida, a lentidão com a prestação jurisdicional é produzida toma o primeiro plano²²².

Muito menos, é um problema *puramente* atrelado ao Código de Processo Civil²²³. Antes disso, cuida-se de problema também estrutural do Poder Judiciário, agregado a uma Constituição pródiga em direitos que, temporalmente, sucede um período de grave supressão de direitos no Brasil. O resultado disso, foi uma Constituição *pródiga* em distribuir direitos que, no mais das vezes, não tiveram condições de se realizar. José Joaquim Calmon de Passos mencionava com certa ironia que temos uma “*Carta que constitucionalizou até a função de respirar dos brasileiros*”²²⁴. O resultado, foi o *desaguar* de todos estes reclamos junto ao Poder Judiciário, uma vez ser inafastável o dever deste prestar jurisdição em face de qualquer *lesão ou ameaça a direito* (Art. 5º, XXXV da CF/88)

Faz-se este relato apenas para que não se pareça adotar postura tecnicista, quiçá ingênua, de imaginar se possa resolver o problema da *resposta jurídica no tempo adequado*, meramente com instrumentos processuais previsto na Legislação própria.

Por outro lado, não pode a legislação processual – e portanto, também o estudioso do processo – descurar de, na medida do possível, buscar soluções jurídicas aptas a atenderem o ditame Constitucional da *duração razoável do processo, bem como dos meios para que a sua tramitação se dê em prazo razoável*.

Explicitando a questão da *razoável duração do processo* em cotejo com os *meios que lhe garanta celeridade* Alessandra Mendes Saplding anota que

A tentativa de facilitar o acesso à Justiça e de tornar cada vez mais efetiva a prestação jurisdicional vem sendo uma preocupação unânime dos processualistas da atualidade. Prova dessa preocupação está estampada nas últimas reformas que a legislação processual civil sofreu dando bastante relevância as tutelas de urgência e atribuindo maior poder aos magistrados para interpretar normas de conteúdo vago e aplicar sanções para garantir a pronta e rápida efetivação de suas decisões. [...].

²²² NORTHFLEET, Ellen Gracie. Novas fórmulas para a solução de conflitos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo et al. (Coord.). **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 323.

²²³ “[...] inúmeras são as mazelas que afetam a celeridade dos andamentos processuais, e nem todas elas estão ligadas a eventual insuficiência dos procedimentos previstos na legislação, mas sim à própria estrutura precária do sistema judiciário.” SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do poder judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 54/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

²²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 116.

O instituto da tutela antecipada, incorporado no ordenamento pátrio por meio do art. 273 do CPC e ampliada por recente lei, a inserção do art. 461 do CPC que introduziu a tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, são elementos evidentes de garantia da celeridade no resultado prático que se espera do processo para combater a morosidade vivenciada no longo caminho trilhado pelas ações até a final decisão jurisdicional²²⁵.

O presente trabalho se relaciona fortemente com a questão do *tempo* do (e no) processo, preocupação esta que vai ao encontro do comando constitucional do artigo 5º, LXXVIII da CF/88.

Isto porque, como se verá adiante, as *astreintes* são a única fórmula de *sanção* que incorpora, *ativamente*, a variável do tempo na sua composição. É o tempo, para as *astreintes*, uma variável viva, que fará com que tanto maior será a *sanção* quanto maior for a recalcitrância do devedor. Ou seja, o *quantum* final das *astreintes*, quem decidirá é o devedor, no sentido de *o quanto* ele irá (des)cumprir a ordem judicial.

Essa íntima ligação das *astreintes* com o *tempo* do processo, em muito contribui para a *concretização dos direitos e o comando da duração razoável do processo*. O fator *corrosivo* do tempo – onde as *astreintes* são uma das formas de combatê-lo – foram sintetizadas por Antonio de Pádua Notariano Júnior, citando diversos autores, onde

Carnelluti, há muito tempo, já dizia que o ‘tempo é inimigo do processo’. Nada obstante essas poucas, porém profundas palavras refletirem bem a razão da busca incessante da tempestividade na prestação jurisdicional, torna-se salutar a conclusão de Cândido Rangel Dinamarco sobre a questão. Diz ele que ‘os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à vida dos direitos constituem uma ameaça à efetividade da promessa de tutela jurisdicional, contida nas Constituições modernas – e ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos atuais se vem firmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva [...]’²²⁶.

Assim, nossa abordagem passará a se inserir em dois pontos de inflexão do *tempo* no instituto das *astreintes* e das sanções processuais (os quais são aplicáveis também as sanções não-processuais).

São elas:

²²⁵ SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do Art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do poder judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 54/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38-39.

²²⁶ NOTARIANO JÚNIOR. Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do poder judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 54/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 59-60.

- a) a direta relação das *astreintes* com o tempo;
- b) o *tempo* e o lapso temporal entre o *fato* e a *sanção*, que apontam para a evidente vantagem de se vislumbrar um campo de incidência de *sanções puramente processuais*.

4.6.1 As *Astreintes* e o Tempo do Processo

O inteligente instituto das *astreintes*, como visto até aqui, umbilicalmente se liga com o *tempo*. O tempo é o componente que lhe dita a sua extensão.

No entanto, as *astreintes* não se ligam ao tempo apenas no que tange a sua quantificação. Podem, antes de tudo, representar um enorme incremento na concretização de direitos diante da mais rápida solução da lide.

Isto porque as *astreintes* emprestam ao “*tempo no processo*” uma dimensão ativa – que jamais foi outorgada neste campo de estudo – bem como, de certa forma, faz com que o tempo passe a onerar igualmente o réu e não apenas o autor, *costumeiramente onerado com a demora na prestação jurisdicional*.

Note-se que, classicamente, o tempo influía no *raciocínio do processo* tão-somente como algo a ser evitado ou combatido, isto é, para tentar evitar seu efeito corrosivo em relação ao *direito material!* Ao se compreender o *risco que o (passar do) tempo representa para o perecimento do direito*, surgem no âmbito processual, instrumentos para tentar contornar esta problemática, a exemplo das *antecipações de tutela*, ou mesmo o *processo cautelar*.

Entretanto, o tempo era algo de certa forma fatalístico, algo a ser evitado; senão evitado, pelo menos evitar-se os prejuízos que os seus efeitos trazem pela corrosão de tudo aquilo que a ele é submetido - inclusive o *bem da vida* - objeto do processo.

O tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do auto, como se a demora fosse exclusivamente problema seu. Acontece que tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório²²⁷.

E prossegue Luiz Guilherme Marinoni:

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 234.

O direito à duração razoável exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja.

A efetividade da ação não depende apenas de técnicas processuais (técnica antecipatória) capazes de impedir que o dano interino ao processo possa causar prejuízo ao direito material. O direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano²²⁸.

Assim, as *astreintes* atendem a moderna técnica processual uma vez que não apenas permitem *eficiente meio de coerção do obrigado sem constrangê-lo fisicamente, mas dando dimensão ativa ao tempo, fazendo-o como elemento dinâmico no processo*. Ademais, pode-se dizer que o mecanismo das *astreintes* altera a situação onde o tempo sempre é algo que *prejudica ao autor*, dando pois, uma dimensão mais *isonômica* do manejo do tempo no processo.

Observe-se a lição onde “Há assim que se distribuir o tempo entre as partes para se respeitar o princípio da isonomia e a ideia de democracia subjacente à noção de processo²²⁹”.

Destarte as *astreintes* atendem inclusive o ideal de democracia, uma vez distribuírem de forma igualitária o “ônus” do tempo do processo, sendo portanto, do ponto de vista jurídico, mecanismo consentâneo e desejável de *coerção judicial*.

4.6.2 *Astreintes* e o Lapso Temporal entre o Fato e a Sanção

Não bastassem as *astreintes* atenderem aos reclamos de um processo adequado ao Estado Democrático de Direito, Estado este constitucionalizado e que anseia por mecanismos democráticos – inclusive sobre a distribuição do *ônus do tempo entre as partes* – tal mecanismo também atende as teorias sobre o comportamento humano no que tange ao fator de *tempo de resposta entre o ato e a sanção*.

Isto porque como já amplamente demonstrado no capítulo que tratamos sobre as teorias sobre o comportamento humano, registrou-se que **quanto mais cedo a sanção for aplicada, maior o estabelecimento de relação de causa e efeito entre o ato praticado e o “castigo” recebido, gerando uma maior chance de adesão a conduta correta no futuro, bem como, gerando “aprendizado” por observação dos demais membros da sociedade, o que é conhecido como comportamento vicário**.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 234.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 234.

Dito de outra forma, as *astreintes*, enquanto sanção processual, *não reclamam amplas dilações probatórias e ajuizamentos de ações autônomas para que seus efeitos possam se fazerem sentir*. São aplicadas e irradiam eficácia de pronto – salvo concessão de efeito suspensivo em algum recurso - e a vista do seu descumprimento *fazem incidir desde já a sanção, podendo propiciar, inclusive, a sua execução imediata (vide capítulo sobre a execução das astreintes)*.

Assim, as *astreintes* em muito diferem de sanções punitivas estabelecidas em contrato, por exemplo. No caso de um contrato, além da *sanção contratual* somente ser passível de ser executada após ampla instrução probatória, há toda uma gama de alegações, *a exemplo de contrato não cumprido, todas as formas de vício de consentimento, v.g., coação, erro, dolo, simulação etc...* – que protraem a pronta executividade da sanção.

Ainda quando o autor tenha razão e a sanção contratual incida, isto se dará muito distante do fato (do ponto de vista temporal), não gerando *fortes relações de causa e efeito e, portanto, tendo mínimo impacto na influência probabilística de que se obtenha comportamentos desejáveis no futuro, em razão da aplicação tardia da sanção*.

Já no caso das *astreintes*, por ser uma sanção *fixada* pelo juiz a vista do caso concreto, **há toda uma série de alegações que simplesmente descabem em termos de decisão judicial.**

Não há vício do consentimento ou exceção de contrato não cumprido. **Isto são objeções quanto ao mérito. As *astreintes* são processuais.** Se o réu não conseguir cassá-las através de recurso, **deverá cumprir com a ordem ou arcará com a multa, ainda que no futuro venha a ter razão quanto ao mérito.** O mérito – ainda que favorável - não lhe servirá de desculpa para ter descumprido a ordem judicial. *Aproxima-se* assim, do ponto de vista temporal, **o ato violador do preceito, da incidência da sua correspondente sanção, o que é altamente desejável.** Aqui pois, nos mostramos fieis a autonomia do “plano” processual e das sanções que visam assegurar *deveres de comportamento ao longo do processo. E cumprir as ordens judiciais talvez seja o maior deles.*

Assim as *astreintes* tem ainda o grande mérito de se afinarem – como talvez nenhuma outra sanção – aos modelos de teoria do comportamento humano, que propugnam *modos ideais de aplicação de uma sanção, do ponto de vista de obter, ainda que no futuro, a maior probabilidade de respeito ao preceito que a sanção visava proteger*²³⁰.

²³⁰ Modo ideal de se aplicar uma sanção *punitiva*. Faz-se esta observação pois, em um mundo ideal, talvez fosse possível a existência de, somente, sanções premiaias. Inclusive demonstrou a teoria psicológica do comportamento, que a sanção premial modifica mais facilmente o comportamento do que a sanção punitiva. No entanto, em termos de processo judicial, as sanções premiaias ainda tem cabimento estreito, vislumbrando-se no entanto, que poderiam ter espaço, como hipótese de exemplo, em eventual dispensa ou redução de custas

De saída ao presente item, diga-se que a questão de *desvincular-se* a existência das *astreintes* do resultado final da causa – talvez essa a questão mais ferrenhamente debatida nesta matéria – será do que iremos nos ocupar nos próximos itens abaixo.

4.7 ASTREINTES E MÉRITO DA CAUSA – PODEM SUBSISTIR AS ASTREINTES NA AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE?

O tema que ora se aborda, relativo a saber se as *astreintes* vinculam-se necessariamente a uma decisão favorável ao mérito da causa – procedência da ação – talvez seja o tema que maior polêmica enseja.

Colocando a questão em termos didáticos, trabalhemos com um exemplo: a parte autora alega possuir um direito, correspondente a que a parte ré tenha que cumprir com determinada obrigação de *fazer*. O juízo, convencendo-se da verossimilhança da afirmação do autor, concede tutela antecipada - com fulcro no artigo 461 e seguintes do Código de Processo Civil - determinando que o réu *cumpra* a obrigação de fazer requerida pelo autor, *sob pena de multa diária de X reais (astreintes)*.

O réu queda-se inerte quanto ao cumprimento da obrigação desatendendo, intencionalmente, a ordem do juízo. Passam, portanto, a incidirem as *astreintes*. No entanto, em que pese o claro e objetivo descumprimento da ordem do juízo, o réu contesta a ação, sendo que, ao final, o juiz julga a ação **improcedente**.

Surgem daí duas constatações que levarão o interprete a uma encruzilhada, encruzilhada esta que significa, na verdade, uma tomada de posição acerca da *natureza* da multa coercitiva ora estudada. No exemplo citado, o dado objetivo de constatação é que o réu, de fato, por algum período, *descumpriu uma ordem do juízo*.

Por outro lado, houve decisão final – de mérito – que entendeu que, em verdade, o autor não tinha razão quanto ao direito alegado. Cumpre portanto, a indagação central: a superveniência de decisão favorável ao réu – julgando a ação improcedente – “*apaga*” o descumprimento da ordem do juízo, tornando inexigível as *astreintes*?

Objetiva-se assim a questão em duas respostas possíveis: a) uma vez descumprida a ordem do juízo, as *astreintes* incidirão independentemente do desfecho final do processo e; b)

judiciais em caso de acordo na audiência de conciliação ou de instrução, ou mesmo, no caso da dispensa de honorários e custas, como no caso do artigo 1.102 C, §1º do CPC em sede de ação monitória, para casos em que ocorra, v.g., pronto pagamento.

as *astreintes* somente incidem quando, confirmado o direito alegado pelo autor, em decisão final do processo.²³¹

Cuida-se, como já narrado, de tema que enseja ferrenhas e intermináveis discussões. O argumento central a favor de cada uma dessas teses são:

- a) as *astreintes* vinculam-se a autoridade da *ordem judicial* e, portanto, havendo seu descumprimento, elas incidirão independentemente do desfecho final do processo;
- b) as *astreintes* visavam a que o réu cumpra uma obrigação de fazer *alegada* pelo autor. Se ao fim do processo o juiz concluí que o direito que ensejou a fixação das *astreintes*, de fato, não existia, o deferimento das *astreintes* fora equivocado e, portanto, o réu se exime de adimplí-las.

Em verdade, o que o tema ora trazido esconde, é a imposição ao interprete de uma tomada de posição acerca das *astreintes* enquanto sanção (puramente) processual. A dificuldade em aceitar-se uma autonomia verdadeira do *plano processual*, causa, inexoravelmente, uma dificuldade em conceber-se a desvinculação das *astreintes* do sucesso da demanda.

Afinal, se o processo em sí não pode se autonomizar do direito material, muito menos as suas sanções poder-se-iam dele (direito material) desgarrar.

Entendemos, para melhor elucidação deste difícil ponto acerca do tema das *astreintes*, alinhar os argumentos em favor de cada uma das teses acima elencadas, como de fato o fazemos nos itens abaixo.

4.7.1 A Tese de se Extinguirem as *Astreintes* Frente a Decisão Desfavorável de Mérito

As teses que ora se examinam, encontram graves divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Podem se alinhar, para um ou outro lado, juristas de grande envergadura.

²³¹ Aqui adota-se a expressão *decisão final* do processo com caráter ilustrativo para demonstrar a explicação dada, não nos vinculando por ora, a questão da exequibilidade das *astreintes* de forma provisória, da necessidade do transitio em julgado, ou ainda, da possibilidade de execução das *astreintes*, antes mesmo da sentença, através da execução da *decisão* interlocutória que a fixou.

No que tange a tese de que as *astreintes seguem a sorte* da decisão final de mérito, alguns autores que se alinham por esta perspectiva são: Luiz Guilherme Marinoni,²³² Guilherme Rizzo Amaral²³³, Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues.²³⁴

Neste particular, colhe-se a lição de Guilherme Rizzo Amaral, onde “[...] consistindo a multa técnica de tutela, e, portanto, acessória, não subsiste a decisão que a fixa se o devedor, por exemplo, foi exonerado da obrigação por força de posterior decisão judicial”.²³⁵

Isto porque, como salienta Luiz Guilherme Marinoni, “o processo não pode prejudicar a parte que tem razão”²³⁶.

Assim, vinculam estes autores, com clareza solar, as *astreintes* ao direito alegado pela parte. Uma vez este (direito) desaparecendo, desaparece também com ele as *astreintes*.

Ou seja, para tais autores, embora estejam as *astreintes* vinculadas à decisão judicial, “*tem como único objetivo auxiliar na tutela dos direitos do autor, decorrentes de sua relação jurídica com o réu. Não sendo reconhecidos tais direitos, não há razões para a subsistência das astreintes.*”²³⁷

É claro pois que o centro da defesa da tese da insubsistência das *astreintes* no caso de improcedência da demanda, fulcra-se na sustentação de que estas se ligam, em essência, ao direito (material) invocado pela parte. Quando este direito desaparece – por força de uma posterior decisão de improcedência – arrastaria com ele as *astreintes*, em típica relação de *acessoriedade*. Observe-se

Neste particular – e apenas aqui – é possível comparar-se as *astreintes* a instituto distinto, qual seja, a cláusula penal contratual, tendo em vista que ambas visam a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação principal, e, portanto, se submetem a regra que remonta ao Direito romano (Digesto, 33.8.2): *Nam quae accessorium locum optinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint*, ou seja, quando tiverem disso extintas as

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 109-111.

²³³ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²³⁴ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 372.

²³⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 110.

²³⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 203.

coisas principais, extinguem-se também suas acessórias, ou simplesmente *accessorium sequitur principale* (o acessório segue o principal).²³⁸

E prossegue Guilherme Rizzo Amaral, *verbis*

Como bem refere Sílvio Rodrigues, a cláusula penal é uma obrigação acessória de um contrato principal [...] de modo que, em relação a ela, aplica-se a regra de que o acessório segue o principal [...] O que ocorre com as astreintes, especificamente neste particular, não é diferente.²³⁹

No plano jurisprudencial, há orientações em ambos os sentidos, no entanto, com forte inclinação à vinculação das *astreintes* ao mérito da causa. Cabe a nos neste ponto, transcrever decisões que corroboram a tese da não subsistência das *astreintes*, frente a decisão de improcedência. Cumpre ainda informar que, em termos de cortes superiores, esta posição é hoje uníssona no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Observe-se:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ASTREINTES. EXECUÇÃO. INTERESSE DA PARTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA AÇÃO PRINCIPAL. NECESSIDADE.[...]

1.[...] 2.[...]

3. O interesse nas astreintes encontra-se visceralmente ligado ao êxito da parte na ação principal, êxito esse que acaba por se caracterizar como uma condição resolutiva da multa cominatória: se procedente o pedido, convalida-se; se improcedente, perde efeito retroativamente.

4. Considerando que a lógica norteadora do nosso sistema processual é conferir ao autor o produto da multa cominatória derivada do descumprimento da obrigação pelo devedor, seria completamente irracional admitir o beneficiamento daquele com as astreintes quando a decisão final concluir pela improcedência do pedido, sob pena, inclusive, de se caracterizar o enriquecimento sem causa do autor.²⁴⁰

4.7.2 A Tese da Manutenção das *Astreintes* Mesmo Diante de Posterior Sentença de Improcedência da Ação

Em sentido oposto ao quanto tratado no item precedente, há corrente doutrinária que entende que uma vez o réu tenha descumprido a ordem do juízo – dando portanto, ensejo a

²³⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79, citando em determinados trechos, GUIORDANI, Mário Curtis. **O código civil à luz do direito romano**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 91.

²³⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79, citando em determinados trechos, RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 82.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1245539/SP**, 3ª Turma. Recorrente Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 08 de abril de 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100390986&dt_publicacao=29/04/2014>. Acesso em: 26 nov. 2014.

incidência das *astreintes* - estas ganham autonomia em relação ao mérito da causa, ficando o réu obrigado a adimpli-las, ainda que venha a se sagrar vencedor na demanda.

Esta posição se fulcra na concepção de que as *astreintes* se ligam, fundamentalmente, a *ordem do juízo*, ordens estas que, evidentemente, devem ser cumpridas sem nenhuma desobediência do réu.

Arrostando o réu a ordem judicial, pouco importa se ao final venha a ganhar a causa. O simples fato de descumprir a *ordem* judicial dá ensejo a incidência das *astreintes*. Vislumbrando-se o problema de outra perspectiva, se poderia dizer que a *superveniência de decisão favorável*, não afasta o período em que o réu afrontou as ordens do juízo e, portanto, deve ser ele devedor das *astreintes* que tenham incidido no período em que elas estavam vigentes, vale dizer, no período do descumprimento das ordens do juízo, até o momento de sua revogação ou cessação de sua eficácia.

Neste sentido alinham-se autores como Sérgio Cruz Arenhart,²⁴¹ Guilherme Puchalski Teixeira,²⁴² Marcelo Lima Guerra²⁴³ e Willian Santos Ferreira.²⁴⁴

Por este diapasão, Sérgio Cruz Arenhart leciona que

A função, portanto, da multa é garantir a obediência à ordem judicial. Pouco importa se a ordem se justificava ou não; após a sua preclusão temporal ou eventualmente, a análise do recurso contra ela interposto junto ao tribunal, só resta o seu cumprimento, sem qualquer ulterior questionamento [...] Se, no futuro, aquela decisão será ou não confirmada pela decisão final da causa, isto pouco importa para a efetividade daquela decisão. Está em jogo, afinal, a própria autoridade do Estado. Não se pode, portanto, dizer que ocorreu apenas o inadimplemento de uma ordem do Estado-juiz. Ocorreu, em verdade, transgressão a ordem, que se presume legal. Se o conteúdo desta ordem será, posteriormente, infirmado pelo exame final da causa, isto pouco importa para o cumprimento da ordem em si.²⁴⁵

Ou seja, o autor sustenta a eficácia – de plano – da ordem do juízo (evidentemente ressaltando a hipótese de recurso contra a própria decisão, onde possível ainda a agregação de efeito suspensivo, o que, por evidente, sustaria a eficácia da ordem) que uma vez expedida, torna-se *por sí só obrigatória, estando desde já perfectibilizada* sob o ponto de vista de irradiar

²⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 201.

²⁴² TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 181-187.

²⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 209.

²⁴⁴ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 186-187.

²⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 201.

a sua eficácia. Daí que, afrontando-se tal ordem – independentemente do resultado da demanda – haverá ofensa ao comando garantido pelas *astreintes*, fazendo com que estas incidam.

Sobre o tema, assim se manifesta William Santos Ferreira, *verbis*

Merece destaque ainda, o fato de que a multa imposta pelo descumprimento da tutela antecipada prevista no artigo 461, mesmo com a sentença de improcedência, continuará sendo exigível, porque ela não decorre da existência ou não do direito, mas sim do descumprimento da determinação judicial, fato que não desaparece pela sentença de improcedência, até porque tal situação estimularia, contraditoriamente, o descumprimento da ordem judicial. A razão de existir a multa, neste caso, é impor ao pólo passivo o cumprimento da ordem judicial, e não é crível estimular e premiar o descumprimento da ordem judicial²⁴⁶.

Ou seja, fixa-se esta corrente de pensamento no descumprimento da *ordem* do juízo, pouco importando se ela era correta ou não. Dito de outra forma, a correção da imposição da ordem judicial garantida pelas *astreintes*, **deve ser atacada pelos meios jurídicos cabíveis**, desde logo. Uma vez que tal ordem judicial tenha irradiado efeitos, o seu descumprimento não deve ser *apagado ou esquecido*, em razão de uma superveniente e eventual decisão final de improcedência do feito.

Neste sentido, precisa a conclusão de Guilherme Puchalski Teixeira, onde

[...] quer nos parecer que diante de uma decisão judicial eficaz, especialmente aquela emitida com base no art. 461, dotada de inegável mandamentalidade, apresentam-se três possibilidades ao réu: i) cumpre a ordem judicial. ii) recorre, a fim de reformar a decisão ou atribuir-lhe efeito suspensivo antes do esgotamento do prazo razoável arbitrado pelo juiz para o cumprimento da obrigação; iii) descumpra a ordem judicial e paga o valor da multa. Ou, ainda, em três palavras: cumpre, recorre ou paga.²⁴⁷

Deve-se aqui registrar que, a concepção original das *astreintes* na França, jamais foi no sentido delas se *ligarem* a obrigação, mas sim ao *atraso ou descaso* no descumprimento da ordem judicial.

Observe-se “Les dommages-intérêts fixés à tant par jour sont dus à raison du retard ; seulement il s’agit du retard, non dans l’exécution de l’obligation, mais dans l’exécution de l’ordre du juge”.²⁴⁸

²⁴⁶ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 186-187.

²⁴⁷ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 184.

²⁴⁸ ESMEIN, Adhémar et al. L’origine et la logique de la jurisprudence em matière d’Astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 35, 1903.

Diante do quanto exposto, passamos, no próximo item, a defender a nossa opinião sobre o tema, que se relaciona a autonomia das *astreintes* em relação a eventual (e posterior) sentença de improcedência do feito.

4.7.3 Nossa Posição sobre a Relação das *Astreintes* com o Mérito da Causa

Com o que temos dito até aqui sobre as sanções, em especial, sobre as sanções processuais, procuramos enfatizar que há características que entendemos como *desejáveis* em termos de (construção de) uma Teoria Geral das Sanções Processuais.

Isto porque, em cotejo com as *teorias sobre o processo de tomada de decisão*, vemos que há fatores que impactam, de forma mais ou menos intensa, sobre qual decisão será tomada – ainda que inconscientemente – pelo ser humano.

Tais teorias nos apontam alguns elementos tido por ideais, como por exemplo, um estabelecimento de uma clara *relação de causa e efeito*, a possibilidade de se associar a *prática* de um ato *com a sanção a ele correspondente* (o que em muito tem a ver com o tempo que transcorre desde a prática do ato até a obtenção da punição/recompensa), a *certeza* na incidência das *sanções* punitivas ou premiaias (*ligações fortes de causa e efeito*) relacionadas aos fatos praticados, entre outros.

Tais elementos estão fortemente arraigados em uma teoria que busque, através de sanções, operar sobre o comportamento humano e, com isso, garantir a implementação de preceitos de ordem jurídica.

Estas características acima elencadas impõe um *modelo ideal* de sanções que deve ser preferencialmente: a) com uma clara relação entre *causa e efeito*, ou seja, entre ato praticado (causa) e sanção (efeito); b) sem variáveis que coloquem em dúvida a incidência da sanção, uma vez praticado o ato a ela correspondente (certeza da punição ou do prêmio) e; c) do ponto de vista temporal, seja a sanção aplicada – falamos aqui dos *efeitos da sanção* - o mais brevemente possível *após* o ato que lhe dá causa.

Ocorre que, no entanto, as premissas acima estabelecidas, extraídas de uma análise do *processo decisório/comportamental humano*, talvez não encontrem possibilidade de existirem no mundo jurídico. Dito de outra forma: podem estas premissas tidas como *ideais*, no âmbito do processo de tomada de decisão, serem plasmadas para o mundo jurídico e, em especial, para o Direito Brasileiro?

Creemos que sim. E para tanto, é fundamental concluirmos pela autonomia das *sanções processuais* em relação a(s) questão(ões) de fundo posta(s) no processo. Permitir que o *plano*

processual – que se caracteriza pela existência de deveres específicos de conduta – possa, ele próprio – autônomo que é – sustentar *sanções* contra comportamentos contrários aqueles que são desejáveis ao longo de um processo, pouco importando – *e daí a autonomia* - se quanto ao direito posto em causa, tenha ou não a parte razão.

Uma vez sustentadas estas premissas – que já tratamos a saciedade nos capítulos precedentes - fácil concluir-se que nos alinhamos pela conclusão de *autonomizar* as *astreintes* em relação a decisão final do processo, ou seja, de que havendo descumprimento da ordem judicial, a posterior sentença de improcedência *não afasta a sua incidência* no período em que houve o descumprimento da ordem judicial.

Isto porque, do ponto de vista jurídico, mostra-se absolutamente sustentável e coerente a corrente que conclui ligarem-se as *astreintes* a uma ordem judicial, ordem esta que, no momento em que irradie eficácia, deve ser prontamente cumprida.

Aqui importante uma observação: não vinculamos diretamente as *astreintes* à ordem judicial, mas sim a deveres processuais de conduta – deveres estes que obrigam as partes entre **sí e para com o juízo. A violação da ordem do juiz pelo réu viola um dever de conduta – que é o dever de cumprir com as ordens judiciais. Assim, mediatemente as *astreintes* protegem a ordem do juiz; imediatamente, protegem e obrigam a observância de deveres processuais de conduta. Cuida-se de aspecto importantíssimo para a compreensão da nossa forma de pensar sobre o tema.**

Prosseguindo-se na análise, insista-se que não se pode admitir como comportamento lícito, tenha o obrigado contra sí uma ordem judicial - cujos efeitos não estejam suspensos por algum recurso – e que se entenda como possível ou tolerável ao obrigado *nada fazer*, diante de uma **aposta futura**, ou seja, de que a decisão final do processo possa lhe ser (futuramente) favorável.

Há direito do autor de ver os deveres de conduta serem respeitados ao longo do processo. Este direito gravita no plano processual e, portanto, nada se modifica com a sorte quanto ao mérito da causa. Há direito do autor – e dever do réu – de ver cumprida a ordem judicial no curso do processo. Daí porque, mais a frente no presente trabalho, sustentamos que as *astreintes* são sempre do autor!

O fato de permitir ao obrigado adotar postura *anarquista* desimportando-se com a ordem do juiz (com violação de um dever de conduta) seria outorgar a ele *um favor legis inexistente*, qual seja, de que há necessidade de trânsito em julgado para concluir-se pela desobediência da ordem judicial. Ora, o descumprimento de uma ordem judicial, verificada no curso de uma

demanda, **em nada se assemelha a garantia constitucional do trânsito em julgado para uma decisão penal.**

Ademais, um aspecto que desgarra o descumprimento de *uma ordem* emanada no bojo de um processo, de um descumprimento de um preceito de direito material porventura questionado, é de que *descumprimentos de deveres de conduta ao longo de um processo, mostram-se quase como um “crime em flagrante”* para o juízo, no sentido de ser facilmente apurável a sua ocorrência. Não se trata de fatos ocorridos a revelia do juiz e que são depois reconstruídos pelas partes em juízo como ocorre com a maioria dos direitos materiais. No caso de descumprimento de deveres processuais de conduta, o fato a merecer a incidência da sanção, ocorre como regra, justamente, onde o juízo o está observando de forma direta, ou seja, no bojo dos próprios autos. **Tem portanto o magistrado, no mais das vezes, a inteireza da “história” do descumprimento: a emissão da ordem, a cientificação do obrigado, as razões que este alega e, a prova (ou ausência de prova) do cumprimento.**

Este, um elemento de cunho *pragmático*, a denotar a diferença entre um descumprimento de uma ordem (emanada do juízo, por razões por este conhecidas e sob sua supervisão) de um outro direito, por exemplo, de uma obrigação contratual, onde há todo “um mundo” a ser analisado e reconstruído, o qual passa inclusive por análises de vícios de consentimento, situação absolutamente *inexistente* no campo de descumprimento de uma ordem judicial.

Há assim duas condutas possíveis ao obrigado diante de uma ordem judicial (mandamento) que fixa incidência de *astreintes*, visando evitar a incidência das mesmas: **a) cumprir a ordem judicial OU b) recorrer da ordem judicial.** Em se tratando da segunda hipótese, as *astreintes* somente não incidirão, uma vez tenha o recurso efeito suspensivo. Não havendo efeito suspensivo, a ordem judicial irradia eficácia e, portanto, impõe o seu cumprimento, sob pena de incidirem as *astreintes*.

Decisões irrecorridas – quando for uma interlocutória que fixe as *astreintes* – e não cumpridas, terão a incidência de *astreintes*, ainda que, porventura, sobrevenha ao final decisão desfavorável quanto ao mérito da causa, eis que, insista-se, por serem sanção de natureza processual ligam-se ao “plano” puramente processual (que impõe deveres de conduta) e não diretamente ao direito postulado em juízo.

Também não se poderia compactuar com o argumento de que o *obrigado*, que resolva arrostar a ordem judicial que fixou as *astreintes*, já estaria pressionado e correndo um risco enorme - eis que ficaria com a chamada *espada de Dâmocles* sobre a cabeça - em razão de que se perdesse a causa teria de adimplir com a multa.

Primeiro porque, por diversas razões, **não deve o sistema jurídico**, na medida do possível, **permitir que o obrigado tenha opções de calcular o benefício em cumprir uma ordem judicial ou não**. Sempre que o sistema se vê envolvido em *cálculos de risco/benefício* cujo resultado seja *passível de ponderação* por parte do devedor/obrigado, se está frente a um sistema frágil. Ou seja, toda a teoria do processo de decisão, aponta que, quanto mais clara for a recomendação ao cumprimento – ou a não recomendação ao descumprimento – maiores as chances de adesão do obrigado ao *preceito judicial/normativo*.

Dito de outra forma. A mera possibilidade do obrigado, de que em um futuro possa ele vir a ser “absolvido” (sentença de improcedência da ação) de um descumprimento que, no presente, é evidente, faz com que a sanção *passe a ser vista como algo condicional*. **Arriscado, mas ainda assim, condicional!** E por ser condicional, não enseja no obrigado, o poderoso mecanismo que é o da *certeza da punição*.

Em segundo, e de saída, porque não se admite que a ordem judicial – sobremaneira os deveres de conduta processual – sejam condicionais, ou seja, dependam de confirmação pelo *mérito da causa*. Isto porque, precisam eles ser independentes do mérito *justamente* para garantir o *ambiente ético* necessário para que o próprio *mérito seja adequadamente decidido*.

4.8 ASTREINTES – QUEM É O DESTINATÁRIO DE SEU VALOR?

Tema que umbilicalmente se liga ao do capítulo precedente, ou seja, da “opção” de vincularem-se as *astreintes* diretamente ao direito material alegado ou, por outro lado, vincular as *astreintes* à ordem do juízo ou, no nosso caso, a deveres processuais de conduta, resultam no inarredável questionamento de *quem deve ser o destinatário do seu valor*.

Em outras palavras, quem deve ser o credor das *astreintes* que já incidiram? O Estado, a parte ou ambos?

Primeiro a ser dito neste tema é que, como já narrado em item precedente, não existe um “modelo” universal do instituto jurídico “*astreintes*” aplicado de modo uniforme em termos de direito comparado.

Em que pese serem as *astreintes* francesas as precursoras do instituto da *multa diária*, ou melhor dito, *da multa vinculada a uma fração de tempo para vergar a vontade do devedor*, institutos absolutamente idênticos ganham contornos e formas diversas ao longo do planeta.

Ou seja, a questão não é propriamente analisar o *destinatário do valor das astreintes* como se existisse uma resposta correta ou ideal para tal instituto como concebido originalmente na França. Isso talvez seja tarefa para o Direito Francês. Nosso caso é analisar o destino das

astreintes no Direito Brasileiro, uma vez que, como se verá, *quem será* o credor de tal valor não passa, ao final, de uma *opção de política legislativa*. Insista-se: não se cuida de um elemento *essencial* da “multa diária” que o seu valor eventualmente apurado se destine ao Estado ou a Parte ou a ambos. Cuida-se antes, de opção legislativa. Ou seja, *pode* o legislador definir *quem será o seu destinatário*.

Cumpra nesta altura referirmos que, por exemplo, na França as *astreintes* destinam-se para a parte²⁴⁹. Também na Argentina, a multa coercitiva destina-se à parte²⁵⁰. No Direito Alemão, a multa (*Zwangsgeld*) destina-se para o Estado. Já no Direito Português, a chamada *sanção pecuniária compulsória*, destina-se, em partes iguais, ao Estado e a parte cujo cumprimento da ordem judicial aproveitaria.²⁵¹

No entanto, o relato feito, não significa que não nos inclinamos por uma clara opção pela tese de que o *valor obtido pela incidência das astreintes, deve reverter somente para a parte, e jamais para o Estado*.

A participação do Estado na multa coercitiva ora em estudo, mostra-se de todo inconveniente. Primeiro porque *passa a fazer com o Estado se torne diretamente interessado na causa* que, no mais das vezes, busca acertamento ou regulação de situações entre particulares, onde o interesse estatal pode ser deletério. Ora, sobremaneira para os que advogam que as *astreintes* somente subsistem diante da *sentença* de procedência da ação, *isto colocaria interesse Estatal demasiado na vitória do autor*, bem como coloca uma responsabilidade sobre o autor que este não possui.

Indaga-se que caso as *astreintes* revertissem ao Estado – ainda que parcialmente - *poderia o autor desistir da causa, e abdicar das astreintes?*

Por certo, negar-se o *direito do autor desistir de um processo* que envolva somente interesses privados, desgarraria de todo o arcabouço legal. E, se por outro lado, as *astreintes* dependem da decisão final, a *desistência da ação* faria as *astreintes* desaparecerem, propiciando campo fértil para negócios entre as partes de forma a fugir ao pagamento das *astreintes* ao Estado.

O interesse estatal no processo do particular é, ademais, em nosso sentir, **sempre deletério**. Observe-se que, no mesmo diapasão, caso as *astreintes* revertissem ao Estado,

²⁴⁹ Vide AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-45.

²⁵⁰ CARREIRA ALVIM, Jose Eduardo. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 122.

²⁵¹ Vide AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-45.

poderiam as partes compor o litígio? Mais um ponto onde é forte o desaconselhamento desta *participação estatal no processo particular*.

Por fim, questão que se nos afigura irrespondível e encerra de vez o argumento, diz respeito aos casos em que a *astreintes* é imposta contra órgão público. Ora, fosse o Estado o destinatário das *astreintes* tal medida coercitiva de nada serviria, uma vez que, descumprindo a *ordem judicial*, o valor da multa reverteria para ele mesmo, Estado descumpridor. Ou seja, equivaleria a *tirar o dinheiro do bolso esquerdo e colocar no bolso direito*. Resultado nenhum, coerção zero. Dai porque, desaconselhável a ideia da reversão das *astreintes ao Estado*.

Eduardo Talamini anota objetivamente duas vantagens da multa coercitiva (*astreintes*) *reverterem ao particular*

Primeiro, a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido.

Em segundo lugar, sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário. O demandante pode abrir mão, total ou parcialmente, de receber o montante decorrente da multa, em transação cuja contrapartida seja o cumprimento pelo réu do dever de fazer ou de não fazer (pressupondo-se, evidentemente, ainda haver a possibilidade do resultado específico) Já se o beneficiário da multa fosse o Estado ou um fundo público, a disponibilidade de tal crédito pelo autor, para fins de transação, seria, no mínimo, objeto de intensa discussão.²⁵²

Ou seja, adequada se mostra a questão da forma como se consolidou o seu entendimento na vigência do atual CPC. Tece-se portanto, uma crítica direta a redação do projeto de Código de Processo Civil (PLS 166/2010) o qual entendeu por fazer um híbrido, destinando a multa em parte ao Estado e em parte ao autor, posição esta que entendemos de todo inconveniente, sobremaneira se levarmos em consideração que, o *quantum* que se destinará para a parte **liga-se ao valor do principal**. Isto, indesejavelmente, faz com que a *sanção processual*, mais uma vez, veja-se vinculada a um elemento do direito material (tal como acontecia com a cláusula penal “... cujo valor não excederá o principal”)

A lastimável situação encontra-se prevista no artigo 552, §5º do PLS 166/2010, vazado nos seguintes termos: *O valor da multa será devido ao autor até o montante do equivalente ao*

²⁵² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 265.

valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa. (grifo nosso))

Com o que já se disse até aqui, poderíamos desde logo rechaçar a ideia da ligação da multa ao principal – que é uma remissão além de indevida, sempre fonte de vinculação de seu valor com o principal/direito material, vinculação esta que não deve ser feita em razão da natureza das astreintes – bem como por imiscuir o Estado em processos de particulares onde infiltram-se novos interesse e circunstâncias a eles estranhas e, de fato, indesejáveis no âmbito da *relação processual já instaurada*.

O que é pior: no parágrafo sexto do mesmo artigo, acabou-se determinando *ao juiz que sendo a obrigação inestimável, deva o juiz estabelecer o montante que tocará ao autor*. Ou seja, agregou-se ainda *mais uma* decisão judicial para resolver o processo e, portanto, mais complexidade a questão.

No demais, quanto a redação do PLS 166/2010, aderimos na íntegra a crítica empreendida por Guilherme Puchalski Teixeira – que, entretanto, de nós diverge em razão de ele concordar com a destinação da multa (no todo ou em parte) ao Estado – o qual bem apontou as vicissitudes pontuais do texto do Projeto do Código de Processo Civil

Embora concordemos com o fracionamento da multa em benefício do autor e do Estado – conforme sustentamos linhas atrás – discordamos da solução proposta pelo projeto, ao prever que ‘o valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação’. Isso porque o juiz será forçado a arbitrar o valor da multa na hipótese de obrigação inestimável, gerando, no mínimo, três inconvenientes: 1) retardamento do feito pela criação de mais uma decisão obrigatória; 2) necessidade do juiz bem sopesar as variáveis do paradoxo quantificar uma obrigação inestimável; 3) descontentamento das partes em relação ao valor arbitrado, com a conseqüente interposição de agravo, que será ‘de instrumento’ por tratar-se de execução. Melhor solução seria adotar-se a regra objetiva do direito lusitano: metade para o autor, metade para o Estado. A adoção de uma regra objetiva evita a insurgência das partes mediante a interposição de mais um recurso.²⁵³

A fim de que não reste dúvida quanto a nossa posição registre-se. **Discordamos da reversão da multa (astreintes) – total ou parcialmente – em favor do Estado.** Se assim fosse inevitável, por incontornável anseio do legislador, então, de fato, melhor seria a solução do direito lusitano – metade ao Estado, metade a parte – como sustentado pelo autor Guilherme Puchalski Teixeira.

²⁵³ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos:** obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 181.

Poder-se-ia a esta altura, alegar-se uma incongruência da nossa parte, qual seja, de dizer que as *astreintes*, de certa forma, se ligam as ordens do juiz e, ao depois, sustentarmos que o valor das *astreintes* revertam para a parte. Ou seja, podemos ser acusados da incongruência de *não destinarmos ao Estado*, cuja ordem foi violada, *o valor atinente a multa pela violação de tal ordem*. Afinal, insista-se, se na nossa visão a multa protege, alfim, a autoridade estatal, a multa deve reverter à ela (autoridade estatal) e não a parte.

A contradição, no entanto, é apenas aparente. E o ponto fulcral para a compreensão do nosso raciocínio, parte da constatação de que **violações de ordens judiciais ferem, primeiramente, deveres processuais de conduta. Dever processual de conduta é gênero, onde cumprir as ordens judiciais é espécie. Sempre a violação de deveres processuais de conduta, serão ofensas dúplices ou bifrontes. Ou seja: a um só golpe, ofendem tanto a ordem judicial e seu imperium como também ao direito da parte contrária, de ver cumprido os deveres processuais de conduta ao longo de um processo. Um só ato viola ao mesmo tempo dois direitos, de duas titularidades diferentes: do Estado e da parte.**

Logo, poder-se-ia sustentar como correta, a solução propugnada pelo projeto do novo CPC, qual seja, de que a parte e o Estado compartilhem a multa?

De todo desaconselhável ao nosso ver. O recomendável é que tanto o Estado como a parte, tenham assegurados mecanismos independentes – sanções independentes - de se insurgir e de proteger o dever que fora violado.

Neste diapasão, colhe-se interessantíssimo julgado do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que aponta que a concepção das *astreintes* é, de fato, destinada a entregar seu possível resultado financeiro para a parte, tendo em conta que quando nosso sistema estabelece multas ou valores que revertam para o Estado, há na Lei sempre um elemento balizador, limitando-lhe a um teto para a sua incidência. Observe-se:

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, 'A' E 'C', DA CF) - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - ASTREINTES FIXADAS A BEM DOS DEVEDORES EM AÇÃO MONITÓRIA, PARA FORÇAR A CREDORA À EXCLUSÃO DE INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

ACÓRDÃO LOCAL EXTINGUINDO A EXECUÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE PERTENCER À UNIÃO O MONTANTE RESULTANTE DA INCIDÊNCIA DA MULTA DIÁRIA, ANTE O DESPRESTÍGIO PROVOCADO AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO À ORDEM JUDICIAL.INSURGÊNCIA DOS EXEQUENTES.

1. Discussão voltada a definir o sujeito a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado diante da incidência da multa diária: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem

judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das astreintes.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto.

A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas astreintes, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, caput, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4º e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extraí-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada. [...] 5. Recurso especial conhecido e provido em parte.²⁵⁴

Assim, por mais um argumento, fortalece-se nossa posição de que as *astreintes* devem pertencer à **parte com exclusividade**.

Nossa concepção do sistema passa portanto, a se inclinar para apontar que o **descumprimento da ordem judicial objeto das *astreintes*** (*assim como a violação de outros deveres de conduta, que terão tratamento semelhante, variando, no entanto a sua base legal de incidência, a exemplo do artigo 17 e 18, ou artigo 600 e seguintes todos do CPC*), **deve gerar três consequências** – cumulativas - ao devedor que desobedeceu o ordem: **a) incidência das *astreintes*; b) a incidência de algum instituto *símile* ao *contempt of court*, que no caso do atual CPC se encontra no seu artigo 14 e seu parágrafo único e c) a tipificação do crime**

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.006.473/PR**, 4ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Luis Felipe Salomão; Relator para o acórdão: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 8 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702705583&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 14 nov. 2014.

de desobediência, previsto o artigo 330 do CPC (abaixo tratamos em capítulo próprio, a questão do crime de desobediência)

Ou seja, nossa concepção do sistema aponta que diante da evidência de que uma violação a um *dever processual de conduta* (cujo cumprimento de uma ordem judicial amparada ou não pelas *astreintes* é uma espécie) há num só ato, violação de direitos, tanto do Estado como da parte.

No caso de incidirem as *astreintes* em razão do descumprimento da ordem judicial, ter-se-ia o seguinte esquema sancionatório da conduta:

- a) *astreintes* – as quais vinculadas a violação de deveres processuais ligados à parte, devendo a multa a ela reverter com exclusividade;
- b) multa processual do artigo 14 do CPC, a qual se liga a violação dos deveres processuais ligados ao Estado, revertendo a este com exclusividade;
- c) crime de desobediência do artigo 330 do CP, também incidente de forma cumulada em nossa análise, eis separarmos por completo o ocorrido na jurisdição civil das consequências na esfera penal por ato da parte, isto em razão de existir um interesse da coletividade de que haja *carga punitiva penal* para aquele que reluta em cumprir *ordens judiciais*, uma vez que tal obrigação – cumprir ordens judiciais - nada mais é do que uma decorrência necessária da vida em sociedade.

Com esta visão (ou com esta hermenêutica) do gabarito legal – existente e em vigor – teríamos uma interpretação que prestigia o respeito ao processo e que atende a todos os ofendidos pelo ato de violação.

Por fim, importantíssimo dizer que o projeto de Código de Processo Civil que tramitou na Câmara dos Deputados, andou em sentido oposto ao do PLS 166/2010, adotando exatamente a posição ora defendida no presente trabalho, qual seja, de que a multa periódica – *astreintes* – pertence **exclusivamente ao exequente** (melhor teria sido dizer *ao autor*, mas é esse o sentido do texto) *previsão esta que se encontra no parágrafo segundo, do artigo 551 do PL 8.046/2010.*

Ademais, da leitura conjunta do PL 8.046/2010, não só levando em conta a previsão acima apontada mas, em conjunto com outras regras legais contidas no projeto, pode-se dizer que o mesmo contempla uma visão muito próxima daquela por nós defendida sobre o tema, ou seja: *astreintes cumuláveis com perdas e danos, com multa por ato atentatório a dignidade da justiça e com o crime de desobediência*, cada uma dessas figuras com destinatários e funções diversas e complementares.

Neste ponto, deve-se aplaudir a previsão do PL 8.046/2010 de projeto de novo Código de Processo Civil.

4.9 EXECUÇÃO DAS ASTREINTES

No que tange a questão da execução das *astreintes*, nossa abordagem, como viemos fazendo até aqui, não se limita apenas a análise dos textos legais. Antes disso, pretendemos falar *sobre o cotejo do instituto* com as premissas teóricas antes fixadas, de forma a buscarmos um *modo ideal na aplicação do instituto*.

Uma vez concebido qual seria – no plano teórico - o *estado da arte* no que tange a aplicação do instituto, coteja-se pois, com os textos legais e a sua possibilidade de aplicação no Brasil.

Voltemos pois as premissas originariamente demonstradas no presente trabalho, salientando-se dois aspectos:

- a) a sanção visa influir sobre o comportamento humano, de forma a fazê-lo atender aos preceitos jurídicos;
- b) ainda quando a sanção não tenha conseguido dobrar o comportamento humano, a sua incidência serve como *condicionamento* para aumentar a chance de se obter o comportamento *desejado* no futuro, ao se estabelecer relações de *causa e efeito*;
- c) a relação de causa e efeito que se estabelece para um, serve como *orientação* do que acontecerá aos demais (reforço vicário);
- d) talvez o mais importante: quanto menor o tempo entre a *infração* e a *incidência da sanção*, mais forte será o estabelecimento de uma relação de *causa e efeito*, e portanto, de maior *condicionamento* ao cumprimento das ordens judiciais.

Estabelecendo-se estas premissas oriundas das *teorias sobre o comportamento humano*, a isso se agrega a característica da *sanção processual*, *frente ao seu descumprimento*, isto é, *frente ao ilícito processual*. Diferentemente de uma questão de direito material trazida como cerne da lide, onde em regra os fatos já ocorreram no passado, configurando-se, todos eles, em elementos externos e *não-processuais*, o descumprimento da ordem judicial e a *incidência da sanção processual* mostram-se muito mais presentes ao magistrado – podendo inclusive no caso das *astreintes* haver descumprimento *em curso*, ou

seja, *praticamente “em flagrante”* - sendo de fácil constatação a sua ocorrência pelo julgador.

Note-se que, no caso de ordem judicial, havendo alegações da parte no sentido de entender descabida a ordem, **tais reclamos podem e devem ser veiculados através do recurso competente**. Não havendo recurso, ou sendo ele refutado, **todo o sustentáculo jurídico da multa está perfectibilizado**. A fim de implementar em definitivo o *ilícito processual consistente no descumprimento da ordem judicial*²⁵⁵, bastará ao juiz se certificar da *inequívoca ciência do devedor, bem como do descumprimento da ordem judicial (que aliás, em regra, competirá ao devedor provar o cumprimento)*.

Com tais elementos, de facílissima apreensão, estão perfectibilizados os requisitos para a incidência da *sanção processual, in casu, das astreintes*. E não apenas isso: note-se que, no exemplo citado, já estariam aí presentes, inclusive, os elementos penais do tipo *do crime de desobediência*.

Ora, se estão presentes, já nesta altura, inclusive os elementos de *tipo penal*, indaga-se: qual razão haveria para já não estar presente *título executivo civil, capaz de ensejar a pronta execução*? Se a conduta violadora é a mesma (seja para a esfera civil, seja para esfera penal), conduta esta que é a *desobediência ao mandamento judicial*, o que se haveria de aguardar?

Falando acerca do *crime de desobediência*, cujos paralelos que mantém com o assunto do presente trabalho são realmente importantes, assim se manifesta Eduardo Talamini:

Nem se diga que, quando se tratasse de decisão judicial não transitada em julgado (liminar, sentença sob recurso sem efeito suspensivo...) seria inviável a caracterização do crime porque ainda possível a revisão do provimento pelo próprio juiz ou por órgão recursal. Confronte-se essa hipótese com os comandos emitidos por outros agentes públicos. A ordem administrativa nada tem de definitivo – eis que sempre sujeita ao controle judicial (CF, art. 5º, XXXV) – e ninguém discorda que seu descumprimento caracteriza, em tese, crime de desobediência (bastando o comando não se revestir de manifesta ilegalidade).²⁵⁶

Note-se que há uma grande diferença, sobremaneira no aspecto *comportamental e educativo que atuará sobre o devedor*, entre o fato das **astreintes incidirem, e o fato de tal valor já ser capaz de ser expropriado do seu patrimônio**. *Astreintes* que simplesmente incidem é *mera enunciação de direito, potencial (e eventual) crédito futuro; astreintes que se*

²⁵⁵ Que é espécie do gênero *dever processual de conduta*.

²⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 309.

executam é ato executivo, fora do papel, sentido materialmente pelo devedor e, portanto, capaz de estabelecer clara relação de causa e efeito, entre o ato praticado, e a consequência sofrida, o que é desejável quando se fala de sanções de um modo geral.

Neste sentido, observe-se que

Encerrando a apreciação crítica da multa, reitere-se que sua eficiência como meio de pressão psicológica condiciona-se, em grande parte, à efetividade da via da execução monetária, mediante a qual será cobrada. A multa pouco ou nada intimidará o réu, enquanto ele tiver a razoável perspectiva de que sua cobrança irá às calendas gregas.²⁵⁷

Falando-se agora do gabarito legal existente no Brasil, que não disciplinou objetivamente a questão do momento em que as *astreintes* podem ser executadas, há duas principais correntes a respeito do tema que – como aliás tudo em matéria de *astreintes* – se ligam as premissas da própria concepção do instituto.

Fazendo-se uma abordagem não usual e, partindo-se de premissas puramente teóricas (já abordadas) para as conclusões práticas - a fim de fugirmos a uma análise já convencional na doutrina - diga-se que *para aqueles que entendem que as astreintes ligam-se ao mérito da causa, ou seja, de que dependem de sentença de procedência*, por evidente a sua execução sempre resultará em dois posicionamentos:

- a) de que somente será possível executar as *astreintes* no momento em que não seja possível qualquer revisão das mesmas (trânsito em julgado²⁵⁸) ou;

²⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 267.

²⁵⁸ Embora se deva diferenciar o momento de *incidência* das *astreintes*, com o momento da sua *execução*, pertinente a observação da seguinte decisão: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. ASTREINTES. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DESACOLHIDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AFASTADA. 1. A função da astreinte é exatamente a de compelir o devedor ao cumprimento de uma decisão judicial de antecipação de tutela ou liminar deferida tendo por base a verossimilhança do direito e a possibilidade de dano irreparável. **Exigir o trânsito em julgado da sentença confirmativa da tutela, torna sem efeito a ordem, ainda mais quando o cumprimento só for possível pelo demandado**. (grifo nosso). [...]. Recurso parcialmente provido, de plano. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70060593597**, 6ª Câmara Cível. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Desa. Elisa Carpin Corrêa. Porto Alegre, 15 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70060593597&num_processo=70060593597&codEmenta=5898841&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 nov. 2014.

- b) poderá admitir-se a sua execução, no entanto na modalidade provisória, enquanto perdurarem os recursos interpostos somente no efeito devolutivo, isto é, sem *efeito suspensivo*. Segue-se aqui regra geral das demais hipóteses de execução – eis que o efeito suspensivo tolhe a eficácia da decisão.

Esta posição poderia gerar uma indagação: de qual recurso estamos falando? Do agravo eventualmente manejado contra a antecipação de tutela que tenha determinado as *astreintes*, ou do recurso de apelação interposto contra a sentença que confirmou a antecipação de tutela deferindo as *astreintes* e portanto, sem efeito suspensivo (CPC, 520, VII do CPC)? Em ambas as hipóteses, ter-se-ia decisão impugnada por recurso *sem efeito suspensivo*, logo, cumpre a indagação: de qual hipótese se está a tratar?

Aqui pois, para aqueles que entendem que as *astreintes* necessitam confirmação do mérito da causa, somente se cogita da *execução (provisória)* das *astreintes*, uma vez confirmadas pelo mérito da causa (*i.e.*, pela sentença e, eventualmente, a *posteriori*, pelos acórdãos que lhe sobrevenham) permitindo-se a sua execução (insista-se, provisória) uma vez tal sentença tenha sido atacada por recurso interposto sem efeito suspensivo.

Assim, é ilustrativa a decisão abaixo transcrita, a qual - considerando-se que o Superior Tribunal de Justiça se inclinou por vincular as *astreintes* ao mérito da causa - é condizente com o seu posicionamento. Vale observar que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou tal posição em decisão de *recurso repetitivo* – artigo 543- C do CPC - uniformizando a questão. Observe-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA FIXADA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.

1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: ‘A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo’.²⁵⁹

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.200.856/RS**, Corte Especial. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 01 de agosto de 2014. Disponível em:

Em sentido diametralmente oposto, para aqueles que entendem que as *astreintes* independem do resultado do mérito da causa, a solução por consequência é outra. Tome-se por hipótese *astreintes* fixadas em antecipação de tutela, no caso de não mais estarem elas sujeitas a recurso ou, de que o recurso tenha sido negado. Neste caso, haveria título executivo *definitivo e incidental* no processo. E no caso de estarem ainda sujeitas ao recurso – de agravo contra a antecipação de tutela que as fixou – recebido sem efeito suspensivo, admitir-se-ia a sua execução provisória.

Nos alinhamos com o entendimento exposto no parágrafo acima em razão de que não poderíamos nos distanciar das premissas teóricas que apresentamos, ou seja, de que as *astreintes são puramente processuais e, portanto, discrepam do direito material, pouco importando o resultado final da causa. Some-se a isso outro argumento, consistente em na medida do possível, abreviar-se o tempo entre o fato e a sanção, sendo este um fator determinante para a obtenção de máxima eficácia de cumprimento aos preceitos*²⁶⁰.

Registrada a nossa opinião, convém que não nos alonguemos demais sobre esse tema porque, fundamentalmente, a discussão se faz bastante útil no atual Código de Processo Civil, onde ausente um regramento específico sobre o tema.

A situação no entanto é absolutamente diversa nos projetos de Código de Processo Civil que estão em curso. Diante de expressa previsão legal que se avizinha, alongarmos nossa fundamentação aqui trazida – cujo escopo não é outro senão de registrar nossa opinião – seria desaconselhável, eis que a matéria é, em verdade, típica do que se convencionou chamar de *opção de política judiciária/legislativa*, ou seja, em outras palavras, surgindo o novo Código de Processo Civil, a presente discussão será de *lege ferenda*.

Assim, observa-se que no PLS 166/2010, prevê no seu artigo 522, §1º que

a multa fixada liminarmente ou na sentença **se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitindo-se o seu levantamento após o trânsito em julgado** ou na pendência de agravo de admissão contra decisão

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001258394&dt_publicacao=17/09/2014>. Acesso em: 28 nov. 2014.

²⁶⁰ Note-se que, sob o ponto de vista da eficácia há duas situações distintas. Incidir as *astreintes* é infinitamente menos eficaz do que *executar as astreintes*. Isto porque, a execução retira valor do patrimônio do devedor. No entanto, do ponto de vista da teoria das sanções e das teorias do comportamento humano, o fato da *execução das astreintes ser provisória ou definitiva pouco importa*. Isto porque, se sua função não é reparar o credor, o momento em que ele levantará a quantia é de menor importância; o que importa é que o valor *saia* da disponibilidade do devedor, fazendo-o *sentir os efeitos da sua recalcitrância*. Assim, sob o aspecto do condicionamento do seu comportamento para o futuro, pouco importa se a execução seja provisória ou definitiva, eis que, em qualquer uma delas – desde que e admita penhora em *dinheiro na execução provisória* – haverá restrição concreta na sua esfera patrimonial.

denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário²⁶¹. (grifo nosso).

Já no PL n. 8.046/2010 em seu artigo 551 §3º contém a seguinte previsão

O cumprimento definitivo da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte; a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão, quando for o caso²⁶².

Ou seja: colhe-se do cotejo dos artigos em questão que *ambos admitem a execução provisória*. No entanto, no PLS 166/2010, o levantamento do valor é possível na *antes* do trânsito em julgado, na pendência de agravo de admissão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário ou, somente após o trânsito em julgado. Também é importante registrar que no PLS 166/2010, se fala em e execução da multa *fixada liminarmente*, a qual deve ser depositada em juízo. Ou seja, a execução provisória das *astreintes*, poderia ter por base *a liminar* concedida, e não apenas a multa confirmada na sentença, como exigido hoje pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, o PL 8046/2010, *somente admite o levantamento do valor após trânsito em julgado da sentença favorável*, vale dizer de procedência. Ou seja, ambos projetos, ligam de certa forma as *astreintes* a decisão final e, portanto, ao que parece, de alguma forma, encambulham as *astreintes* juntamente com a decisão de mérito.

A título de remate final, bem verdade que o PLS 166/2010, *não fala em procedência da ação*, apenas em trânsito em julgado, deixando margem – estreita, senão estreitíssima, é verdade - de que se possa cogitar do *descolamento das astreintes do mérito da causa*.

4.10 TERMOS INICIAIS E FINAIS DE INCIDÊNCIA DAS ASTREINTES – A IMPORTÂNCIA DA INEQUÍVOCA CIENTIFICAÇÃO DO OBRIGADO

Cumpra a esta altura tecer-se comentários acerca da sistemática de contagem do prazo de incidência das *astreintes*, vale dizer, do seu marco inicial e do seu marco final.

²⁶¹ SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo código de processo civil: comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280.

Quanto ao marco de início de fluência das *astreintes*, este deve coincidir com o momento em que a ordem judicial passou a ser descumprida, ou seja, no momento do *inadimplemento* da ordem judicial a que atrelado o mecanismo das *astreintes*.

Note-se que bastante comum nas decisões judiciais a fixação de prazo para cumprimento da obrigação, sem incidência das *astreintes*, tendo se sagrado no foro a fórmula “*determino o cumprimento em X dias, sob pena de multa diária no valor de Y*”.

Na verdade, não se trata de *benesse* judicial fixar o prazo para o cumprimento da obrigação. Sempre que possível, atentar-se ao juiz para eventual prazo a ser fixado para cumprimento pelas próprias partes – caso haja algum possível de ser considerado – e a natureza da obrigação. Neste interlúdio, entre a ordem judicial e o prazo fixado pelo juiz, caso o réu cumpra a obrigação, não poderá ser alvo da incidência das *astreintes*.

Havendo descumprimento, passarão a incidir as *astreintes*. No entanto, a questão não é tão simples quanto parece. Há ainda dois elementos importantíssimos a serem definidos a fim de saber-se adequadamente fixar o marco inicial para a contagem do prazo das *astreintes*. São estes elementos:

- a) a necessidade de intimação pessoal do devedor;
- b) a fluência do prazo de intimação (com observância dos artigos 184, §§ 1º e 2º e 241 do CPC – artigos que encontram seus correspondentes nos artigos 224 e 231, II do PL 8.046/2010 e nos artigos 192 e 249, II do PLS 166/2010).

Primeiramente, na linha de prestigiosa doutrina e jurisprudência, nos inclinamos pela absoluta necessidade de **intimação pessoal** da parte devedora da obrigação, a fim de que possam incidir as *astreintes*²⁶³.

Em que pese as reformas havidas no ordenamento processual civil brasileiro, no sentido de estender as hipóteses de intimação da parte fazendo-a através do seu advogado – artigo 475 – J, §1º do CPC – não nos parece adequado permitir que as *astreintes* se amoldem a este gabarito²⁶⁴.

²⁶³ Entendimento este que é objeto da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “A *prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*”. (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 410**. A *prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='410'>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁶⁴ Neste particular, adotamos posicionamento diverso daquele que vem tomando o Superior Tribunal de Justiça, que tem permitido a intimação da parte, através de nota de expediente, expedida ao seu advogado, ainda que se trate de fixação de *astreintes*. Neste sentido: DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. [...] 5) ASTREINTE MANTIDA, PELOS PERÍODOS DE DURAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A PARTIR DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. **DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE**.

Primeiro porque ao se cuidar, em regra, de comandos judiciais bastante objetivos – onde haverá especificamente a imposição do cumprimento de um (específico) fazer ou não fazer, ou ainda uma obrigação de entregar (dar) algo – impõe o conhecimento *real e concreto por parte do devedor*, acerca da ordem contra ele expedida pelo juízo.

Desgarram tais obrigações – que são asseguradas pelas *astreintes* – de um simples comando de *pagar quantia*, onde as informações relevantes ao devedor, como regra, são *a quem pagar, quanto e quando*. No caso de um fazer, por exemplo, é possível – e normal – que existam minúcias, como por exemplo, *o que fazer, de que forma, e em que prazo*.

Em sentido contrário, observe-se trecho de Embargos de Divergência em Agravo, tombado perante o Superior Tribunal de Justiça sob n. 857758 / RS, colhe-se os seguintes argumentos a favor de permitir-se a intimação da parte através do seu advogado, *verbis*

2. A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, sendo certo que, para este último, consoante entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS, admite-se a intimação, via advogado, acerca da multa do art. 475-J, do CPC; (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à multa do

SUFICIENTE A INTIMAÇÃO DO SEU ADVOGADO NOS AUTOS. [...] (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.359.558/PB**, 3ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 09 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202500042&dt_publicacao=15/05/2013>. Acesso em: 14 nov. 2014. E ainda **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. FIXAÇÃO DE PRAZO**. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do "cumpra-se", mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado. **Em suma, o cômputo das astreintes terá início após: (i) a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca do resultado final da ação ou acerca da execução provisória;** e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação. (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo n. 857.758/RS**, 2ª Seção. Embargante: Segredo de Justiça. Embargado: Segredo de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000101605&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 14 nov. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.113.627/RS**, 4ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900038961&dt_publicacao=30/08/2013>. Acesso em: 14 nov. 2014.

art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC; (v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras ‘arapucas’ processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto.²⁶⁵

Com a máxima vênia ao Superior Tribunal de Justiça, não nos parece que exigir-se a intimação pessoal da parte possa vir a se caracterizar como “*arapuca*” processual. Ao contrário! Justamente defendemos a necessidade da intimação pessoal a fim de evitar que caia a parte em uma “arapuca”, desconhecendo o preceito que pesa contra si e deixando fluir uma multa processual que, defendemos, não deve ter teto limitador.

Daí porque pretendemos ter a máxima segurança e certeza de que, se a parte descumprir o preceito judicial, o estará fazendo conscientemente, e portanto, devendo suportar o peso das *astreintes* que vierem a incidir.

Visto sob outro enfoque, parece-nos de todo recomendável que as *astreintes* sejam desgarradas do gabarito legal de intimações, previstos em Lei para a cobrança de quantia, onde autorizada a intimação da parte na pessoa do advogado. Note-se que, nas demandas de cobrança de quantia, o valor da perda do processo ao réu é, desde logo, por ele conhecida ou, senão, pelo menos, estimável ou imaginável.

Já no caso das *astreintes* – eis desvincularem-se do *valor da causa ou do pedido e sendo acumulável ao infinito* – poderá advir como enorme surpresa ao réu que, em uma causa de valor econômico, *a priori*, inexpressivo, possa resultar em vultuosas condenações diante de um suposto de descumprimento da ordem judicial a qual ele não teve adequada ciência das consequências.

Ademais, poder-se-ia imaginar *astreintes* fixadas em prazo estreito de cumprimento, onde a intimação ao advogado - que não raro demora um ou dois dias até tomar ciência da publicação no Diário da Justiça – já poderá ter provocado a incidência das *astreintes*. Não por vontade de descumprir, mas por falta de ciência quanto a ordem.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo n. 857.758/RS**, 2ª Seção. Embargante: Segredo de Justiça. Embargado: Segredo de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000101605&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 14 nov. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.113.627/RS**, 4ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900038961&dt_publicacao=30/08/2013>. Acesso em: 14 nov. 2014.

Há ainda de se registrar que a presunção de que o advogado está sempre em contato com o cliente, não é verdadeira. Ora, *astreintes fixadas em prazos pequenos para o seu cumprimento – sobremaneira quando sejam fixadas em prazos inferiores a um dia –* resultarão em uma impossibilidade de cumprimento pelo profissional da advocacia, em localizar seu cliente em tempo hábil. E a cada instante que passa, a multa estará aumentando, jogando para os advogados uma ingrata missão: de localizar o cliente que pode estar em local não sabido, documentando ainda todas as diligências feitas, a fim de não incidir, ele próprio advogado, em responsabilização reclamada pelo cliente sob alegação de não ter sido cientificado.

Neste particular, é o advogado que pode ver-se aprisionado em uma “*arapuca*”, tal qual mencionado no julgamento do Superior Tribunal de Justiça! Não nos parece ser esse o estado ideal de coisas, a gravitar em torno do importante instituto das *astreintes*.

Assim, insista-se, no que tange as obrigações vinculadas as *astreintes* é imperioso haja ciência pessoal e inequívoca do devedor acerca das determinações que se lhe imputa, a fim de que haja segurança e justiça, no caso de descumprimento da ordem, na aplicação das sanções que lhe advém.

Não se pode tolerar dúvida acerca do real conhecimento do devedor quanto a ordem que se lhe imputou e a consequência jurídica – *astreintes* – do seu descumprimento!

A segunda circunstância diz respeito justamente a natureza das *astreintes* como a defendemos neste trabalho, ou seja, de uma multa *sem teto limitador, infinita*, cuja extensão do valor da multa, deverá ser aquele *sempre superior ao mínimo necessário* para vergar a vontade do obrigado.

Ou seja, como defendemos que o processo judicial e as ordens do Estado, plasmadas no caso concreto sob a forma de comando judicial, devam ter seu conteúdo prontamente atendido por aquele a quem incumba o atendimento da obrigação, entendemos que as *astreintes* não devem ter um teto limitador. Quem dará o valor final das *astreintes* que serão suportadas – ou se serão suportadas – é o próprio devedor. Poderá jamais ter de pagar *astreintes* alguma, bastando para tanto que cumpra com o comando judicial.

Neste particular, é incompatível em um sistema de *multa acumulável sem limites*, a dúvida acerca de estar o devedor - concreta e inequivocamente - ciente do dever a ele imposto pelo juízo.

No mesmo sentido GUILHERME RIZZO AMARAL, onde “... a intimação para dar início à contagem do prazo para cumprimento da decisão ou sentença na qual se comina multa diária deve ser na pessoa do destinatário da ordem judicial”²⁶⁶.

Por estas razões, insistimos na necessidade de comunicação pessoal do comando judicial que fixou as *astreintes* ao devedor da obrigação, a fim de ter-se sua inequívoca ciência das obrigações que são dele exigidas, bem como das graves consequências do seu descumprimento.

Neste sentido, as notícias que se colhem dos projetos do novo Código de Processo Civil não são boas, pelo menos na nossa leitura. Impera no ponto anacronismo, presente em outros pontos dos já mencionados projetos. Começemos a crítica pelo PL 8.046/2010: mencionado projeto, em seu artigo 250, III que trata de *citação por oficial de justiça*, aponta que deverá constar do mandado a *sanção para o descumprimento da ordem*. Resulta daí o primeiro anacronismo pois o projeto privilegia fortemente a citação pelo correio. Não há nenhuma observação *acerca* de qualquer *proibição de citações pelo correio, onde, por exemplo, por concessão de uma tutela antecipada, haja sanção para o caso de descumprimento*.

Pois bem, o que se poderia daí inferir é que o projeto se *preocupou em advertir o devedor, quando contra ele possa pesar alguma sanção*, tanto assim que tal circunstância **deverá constar do mandado**.

Mais uma vez exsurge o anacronismo. Em seu artigo 274, o PL 8.046 prevê que as intimações destinadas para a *parte* devem se dar pelo correio. Somente serão feitas por Oficial de Justiça *caso seja infrutífera a intimação pelo correio (artigo 275)*. Sem falar na sempre presente tentativa de intimação eletrônica, que invariavelmente, gerará os problemas já acima apontados. Semelhantes disposições são feitas no PL 166/2010, nos seus artigos 246 e 247.

Deixemos clara nossa opinião: intimação para fixar-se *sanção* contra a parte, *sobremaneira quando se tratar de ato a ser praticado pela própria parte*, deverá haver intimação pessoal, **por mandado a ser cumprido por Oficial de Justiça**.

Outra questão de cunho prático mas não por isso menos importante, diz respeito ao momento em que se inicia o *computo das astreintes*, vale dizer: se a intimação deve ser pessoal, o prazo para que o devedor cumpra a obrigação se iniciará no momento do recebimento do mandado ou somente se inicia quando da juntada do mandado devidamente cumprido aos autos?

²⁶⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 145.

Neste particular, temos de confessar uma vacilação inicial na nossa posição. Inicialmente, por força de regra geral insculpida nos artigos 184, §1º e 2º e 241 todos do CPC, entendíamos não haver como fugir-se da literalidade da dicção legal, que determina que:

- a) computar-se-ão os prazos, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento;
- b) considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil, caso o vencimento cair em feriado ou dia em que determinado o fechamento do fórum ou em dia em que o expediente tenha se encerrado antes da hora normal;
- c) os prazos começam correr do primeiro dia útil após a intimação;**
- d) de que o prazo de intimação somente começa a correr da data de juntada aos autos do mandado devidamente cumprido.**

Ou seja, se as intimações somente se perfectibilizam com a juntada do mandado aos autos e, por outro lado, se o prazo das intimações somente corre a partir do primeiro dia útil subsequente a juntada do mandado aos autos, **somente poderia incidir o computo do prazo para cumprimento da obrigação, a partir do atendimento dos artigos de Lei acima apontados.**

Dito de outra forma, **o prazo para cumprimento do comando judicial a que atreladas as *astreintes* somente passaria a ser computado, no primeiro dia útil após a juntada do mandado aos autos.** Esse é o gabarito legal do atual CPC e do projeto de novo Código de Processo Civil que está previsto no PL 166/2010.

Nesta sistemática de cômputo do prazo de intimação a partir da juntada do mandado aos autos, simplesmente pode-se inviabilizar a incidência das *astreintes* em casos onde, talvez, venham a ser elas mais necessárias. Observe-se por exemplo, casos de extrema urgência, a serem cumpridos pelo plantão judicial – em um final de semana por exemplo – onde haja a determinação para a realização de um procedimento médico de urgência que está sendo negado pelo plano de saúde. A ordem – prontamente deferida pelo magistrado – de imediata internação sob pena de *astreintes*, somente passaria a permitir a incidência das *astreintes*, **após retorno do mandado e a superveniência do primeiro dia útil! Ou seja, um descalabro!**

Um sistema desta forma concebido inviabilizaria, sob o ponto de vista prático, a utilização das *astreintes* para ordens urgentes, onde inclusive, poder-se-ia fixar as *astreintes* de minuto a minuto para o caso de descumprimento (sendo nestes casos imprescindível que o Oficial de Justiça, certifique no mandado a hora exata da cientificação do devedor).

Ao mesmo passo que seria extremamente eficiente determinar que a internação negada seja de pronto efetivada sob pena de *astreintes* incidentes de minuto a minuto a partir do descumprimento, tal medida se revela extremamente ineficaz, caso a fluência da *sanção* se dê somente após a juntada aos autos, fluindo a partir do primeiro dia útil.

Inclinamo-nos pois, à pronta eficácia do *mandamento judicial* onde determinada a incidência de *astreintes*, desde o momento da cientificação do devedor da ordem judicial, **não se aplicando neste particular, as regras dos artigos 184 e seus parágrafos, bem como do artigo 241 do atual CPC.**

Em sentido semelhante Guilherme Rizzo Amaral:

Em nosso entendimento, s parágrafos 1º e 2º do artigo 184 não se aplicam ao termo a quo da multa. Tampouco se aplica o artigo 241. Isso significa que, recebido mandado de intimação pelo réu, instaura-se no dia seguinte a contagem do prazo para cumprimento da obrigação, independentemente de se tratar de dia útil ou não, e independentemente da juntada aos autos do mandado de intimação²⁶⁷.

Com relação a posição de Guilherme Rizzo Amaral, no particular, divergimos ligeiramente. Primeiro porque entendemos que o prazo para cumprimento passar a fluir *do momento da intimação, e não apenas no dia seguinte*. Vale observar que o prazo para incidência das *astreintes* pode ter sido fixado em fração de tempo inferior a um dia, **não fazendo sentido aguardar-se o próximo dia vindouro para somente então iniciar-se a contagem do prazo**. A fim de fazer-se justiça ao autor acima mencionado, o mesmo ressaltou esta hipótese em uma nota de rodapé²⁶⁸, no livro que publicou sobre o tema.

No entanto, não faz sentido que as ordens lançadas pelo magistrado, em fração inferior a um dia, passem a ter contagem imediata e, aqueles com fração de tempo igual ou superior a um dia, somente iniciem a contagem no dia seguinte. Justamente pela peculiaridade a envolver as *astreintes*, a sugestão é de sempre e em toda a circunstância, **o prazo para cumprimento comece a correr de imediato** e, no caso de sua fixação *diária*, o seu cômputo se dê de imediato, considerando-se *um dia* o prazo de 24 horas imediatamente posterior a cientificação do obrigado.

Não será portanto demasiada a cautela de fazer-se constar do mandado a determinação para que seja certificado, nestes casos, a hora do cumprimento do mesmo.

²⁶⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

²⁶⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

Há no entanto, no projeto de novo Código de Processo Civil que tramitou na Câmara sob n. 8.046/2010, inovação legislativa que vai exatamente na linha que havíamos pregado, ou seja, quando se tratar de ordens expedidas pelo juízo a serem cumpridas diretamente pela parte ou por quem de qualquer forma participe do processo, ***o dia para começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação.*** Tal preceito, está contido no artigo 231, §3º do PL 8.046/2010, e é uma previsão legal que vai na linha do que pregamos no presente trabalho, merecendo pois, aplausos neste particular. Esperamos no entanto, venha a ser, de fato, aprovada tal regra legal, incorporando-se ao nosso ordenamento jurídico.

Por fim, observamos que o regramento processual vigente – e aquele previsto no PL 166/2010 – não são suficientemente claros a respeito de todas as questões tratadas no presente capítulo, de forma que duas observações pontuais se fazem necessárias: a) de todo recomendável que o novo CPC – quando e se vier a ser aprovado - contenha regra a respeito; e b) **recomendável ao magistrado**, enquanto ausente clara previsão legislativa, **que faça constar da sua decisão que o prazo para cumprimento da obrigação se dará a partir do momento da cientificação do devedor, através do Oficial de Justiça e não da juntada do mandado aos autos.**

Por fim, vale deixar claro por **qual razão**, tal minúcia processual que aqui expomos, qual seja, de discutir-se acerca da ***intimação pessoal do executado***, pode ter relação com as **premissas teóricas** do presente trabalho? E a relação é, de fato, bastante íntima. Isto porque, primeiramente, para que as *sanções* tenham eficácia, **é fundamental que as mesmas não sejam relativizadas no futuro no caso de sua incidência.** Há que o julgador ter certeza e convicção na imposição de eventual pesada sanção, de que esta somente incidiu *porque o réu insistiu em descumprir a ordem*, não se admitindo dúvida quanto a sua ciência sobre a obrigação que lhe era exigida. **Evita-se assim, um discurso relativista no Direito, no sentido de sempre tornar o discurso jurídico permeado de dúvidas, que em nada melhoram a aplicação do Direito.**

Por outro diapasão, não se pode perder de vista que as *astreintes* – como de modo geral todas as sanções – pretendem *induzir* um determinado comportamento. Ou dito de outra forma, com apoio nas teorias trazidas no segundo capítulo do presente trabalho, as sanções *ou premiam* um comportamento, *ou punem* um comportamento, atuando em quatro quadrantes distintos - causando um mal ou retirando um mal sofrido pela parte; ou causando um benefício ou retirando um benefício da parte destinatária da sanção. Isto impõe que, *se pretendemos induzir um comportamento*, há a necessidade inequívoca de que *aquele em quem pretendemos induzir*

o comportamento, tenha plena ciência da sanção que lhe ameaça ou lhe oferece algo para lhe beneficiar.

Neste sentido, precisa a lição de Eduardo Talamini onde

Depois – e mais importante - a prévia advertência concreta da vantagem ou desvantagem, para assim influenciar o destinatário da sanção, é materialmente exteriorizável. E esse é o núcleo da providência indutiva. Vale dizer, a indução sempre opera pela prática de atos fisicamente tangíveis. Comunica-se previamente ao sujeito que, se ele adotar determinada conduta, sofrerá uma consequência positiva (prêmio) ou negativa (medida coercitiva).²⁶⁹

Assim, concluímos que, apesar de podermos ser acusados de *tecnicidades excessivas*, a verdade é que a providência que enseja a ciência inequívoca do obrigado acerca do *deferimento das astreintes e da obrigação que sobre ele recai*, é providência que deve se cercar do máximo cuidado, como demonstrado no presente capítulo.

4.11 AS ASTREINTES E O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Considerando que as *astreintes* sempre estão atreladas a uma ordem judicial, surge a questão de saber se o descumprimento de tal ordem enseja - além da incidência das *astreintes* - a tipificação pelo crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal Brasileiro.

Reza o artigo 330 do CP “*Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena: detenção de quinze dias a seis meses, e multa*”.²⁷⁰ (grifo nosso).

Logo, parece fácil intuir que a desobediência de ordem judicial – aí incluindo-se o juiz no conceito de *funcionário público* – enseja a tipificação do fato como criminoso.

Como já defendido em capítulos anteriores do presente trabalho, as *astreintes* (*cujo valor deve se destinar à parte*) e as penalidades do artigo 14 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil (que é um tímido *símile* do *contempt of court* cujo valor destina-se ao Estado) são cumuláveis, *no âmbito do Processo Civil*, diante do descumprimento de uma ordem judicial que determinou, por exemplo, uma obrigação de fazer.

O próprio parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil prevê a cumulação das penalidades alí previstas, com outras eventualmente cabíveis inclusive com a pena criminal. Observe-se

²⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.

²⁷⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

Art. 14 - 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. (grifo nosso).²⁷¹

Assim, claro está que o interesse da legislação pátria em vigor é fornecer mecanismos robustos de *sanções* para aqueles que *adotem comportamento réprobo* durante a tramitação do processo.

Entretanto, no plano jurisprudencial, a questão não encontra eco com tal conclusão. Ao contrário, está pacificado no Brasil a não cumulação das *astreintes* com o crime de desobediência – exceto se o juiz expressamente assim ressaltar - posição esta que, em nosso sentir, muito enfraquece a autoridade das ordens expedidas pelo Poder Judiciário.

Observe-se

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.

2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente.²⁷² (grifo nosso).

Também no mesmo sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal, *verbis*

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA ('ASTREINTE'), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM

²⁷¹ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 92.655/ES, 5ª Turma. Impetrante: Segredo de Justiça. Impetrado: Segredo de Justiça. Paciente: Segredo de Justiça. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702444686&dt_publicacao=25/02/2008>. Acesso em: 14 nov. 2014.

JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ('astreinte') fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência.²⁷³

Ousamos entretanto, discordar do entendimento jurisprudencial que se consolidou no Brasil.

Primeiro porque tal posicionamento, em essência, vai na contramão daquilo que estamos sustentando ao longo do presente trabalho. Isto é, defendemos que os direitos (materiais e processuais) somente atingirão um patamar onde possam ostentar *elevada eficácia* no momento em que *graves sejam as consequências* do seu descumprimento, gerando um *condicionamento* ao cumprimento das determinações judiciais.²⁷⁴

Na medida em que se reconhece que a perspectiva de cometer um crime e de sofrer sanção penal funciona, ainda que reflexamente, como mecanismo de coerção processual civil, tais temas, longe de interessar apenas ao direito e ao processo penal, assumem crucial relevância no estudo do art. 461, assim como no de todas as demais tutelas jurisdicionais civis que se efetivem mediante ordens.²⁷⁵

Por outro diapasão, agora do ponto de vista estritamente jurídico, nos filiamos integralmente a posição sustentada por Guilherme Rizzo Amaral²⁷⁶, Eduardo Talamini²⁷⁷, entre outros, onde mostra-se estranho, senão inusitado, que o simples fato de um juiz – no exercício da jurisdição civil – fixar uma multa diária, possa descriminalizar uma conduta penalmente prevista.

Ademais, como salientado pela doutrina, muitas vezes a imposição das *astreintes* vem em momento posterior ao descumprimento da ordem primitivamente expedida contra o réu sem

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86.254/RS**, 2ª Turma. Impetrante: Segredo de Justiça. Paciente: Segredo de Justiça. Coator: 1ª Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363882>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁷⁴ Ou seja, o que sustentamos aqui, com base no segundo capítulo deste trabalho, é que as sanções punitivas, sejam quando somente ameacem, seja quando incidam, implicam em um *aprendizado*, inclusive em nível inconsciente (condicionamento), que significa uma maior observância de tais preceitos no futuro. Sanções fracas, não determinam condicionamento e, portanto, tendem a ser continuamente violadas.

²⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 305.

²⁷⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 189-192.

²⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 304-305.

a fixação de multa. “*Ora, nesses casos, estará sendo o demandado sumariamente absolvido pela conduta criminosa antes praticada?*”²⁷⁸

Aqui toda a dificuldade parece residir na confusão de planos e de institutos jurídicos, o que, ao final, vem em desfavor do Direito. Isto porque, *a priori*, não se deve misturar a *função do processo penal* – eminentemente punitiva – com a *função do processo civil* – eminentemente reparatória.

No entanto, é verdade, não é possível uma separação perfeita destas duas naturezas. Há instantes em que há *pequena dose de punição* no processo civil, e também, pequena dose de *reparação* do processo penal. Não é pelo fato de existir, nas *astreintes* - uma vez tenham incidido – certa *dose de punição*, que esta dose (acidental) de punição afaste o processo penal cujo escopo **central** é o da punição.

Parece-nos que a razão estava com Pontes de Miranda, quando apontava que *as sentenças* não são puras, mas contém em sí, uma mistura de todas as suas cinco eficácias. Classificariam-se assim as sentenças, não pelas eficácias que contenha – pois sempre serão misturadas – mas sim pela eficácia *preponderante*, aquela que se destaque das demais²⁷⁹.

Parece-nos que a constatação levada a efeito por Pontes de Miranda, não é fenômeno que se encerra apenas no estudo das sentenças. De fato, é difícil encontrar-se no Direito categorias puras, cujas fronteiras estejam clara e objetivamente estabelecidas. Tome-se por exemplo, a separação entre Direito Público e Privado, por muito tempo defendida como áreas estanques mas, hodiernamente, reconhecendo a doutrina, a existência de toda uma zona cinzenta, de difícil categorização, a favor de um ou outro ramo do Direito²⁸⁰.

Também nos parece assim no que tange a separação do processo civil do processo penal na atual quadra histórica. Não é pelo fato que, por exemplo, em algum crime financeiro contra o Estado, onde haja multa *pecuniária* eventualmente aplicada como pena ao réu, no processo penal, leve a consequência de se proclamar que a jurisdição penal tornou-se *ressarcitória*. Poder-se-ia argumentar que, se tal valor ingressa nos cofres do Estado, há nela, caráter de tornar *indemne* o dano. Há de fato, *também* este efeito. Mas **não é esta a sua razão de ser** que, em se tratando de processo penal – a existência de pequena dose de *reparação* – não retira o caráter

²⁷⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 190.

²⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

²⁸⁰ Neste sentido, vide: ESTORNINHO, Maria João. Implicações: as fronteiras entre o direito público e o direito privado. In: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 139-158.

punitivo daquele instituto. O caráter accidental, que é a exceção, não tolhe o principal que é a regra.

O mesmo pode-se dizer das *astreintes*. Visam as *astreintes* - como toda sanção coercitiva (punitiva), jamais incidirem²⁸¹. Uma vez tenham incidido, concordamos que há daí – como caráter secundário - função punitiva ao réu desobediente. No entanto, trata-se de efeito secundário, accidental – moralizador inclusive – do processo civil, que não pode ser entendido como substitutivo do processo penal, que *por essência e não acidentalmente*, é punitivo.

Como menciona Guilherme Rizzo Amaral

Ocorre que as *astreintes*, conforme já referido, não constituem remédio específico para punição, mas sim, técnica para a obtenção da tutela. A multa não é punitiva e, portanto, não exerce a mesma função da medida prevista no Código Penal. Já a pena criminal é ‘retribuição, é privação e bens jurídicos, imposta ao criminoso em face o ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer.’²⁸²

Também como elemento adicional de convicção, vale a notícia de que na França – *donde provém o instituto das astreintes* – estas incidem, quando for o caso, de forma *cumulada* com a sanção penal.

Neste sentido, observe-se a lição de Eduardo Talamini, *verbis*:

A chave da questão está na natureza da multa. Meio coercitivo que é, não se confunde com pena, pura e simples. Há a possibilidade natural de incidência de sanções com distintas finalidades.²⁸³

De saída, para encerrar o presente tópico, não se pode perder de vista que, nem sempre, o destinatário das *astreintes* será o mesmo destinatário do crime previsto no artigo 330 do Código Penal. Imagine-se pois, exemplo onde, seja determinado pelo juiz que hospital interne determinado paciente. Pode ocorrer pois, no caso de descumprimento, que o *hospital seja o destinatário das astreintes*, pela negativa de um determinado médico (funcionário do hospital) em garantir a internação. No entanto, haverá desobediência pessoal do *médico*, relativa a ordem judicial, uma vez demonstrado que fora por ato voluntário seu, que deixou de dar atendimento ao quanto determinado pelo juízo.

²⁸¹ Vide segundo primeiro do presente trabalho. Classifica-se aqui as *astreintes* como punitiva, diante do gabarito geral de que as sanções são *ou punitivas ou premiaias*.

²⁸² AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 191.

²⁸³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 322.

De tal sorte que, nos posicionamos em sentido diametralmente oposto aquele em que se consolidou a nossa jurisprudência, de forma a (re)autonomizar as *sanções (processuais) civis* das sanções penais, permitindo que cada uma destas esferas atue de forma independente, o que resultará, ao longo do tempo, em um maior apreço e observância das determinações judiciais.

Nesta linha, colhe-se alvissareira notícia de que tanto no PLS 166/2010, quanto no PL n. 8.046/2010 que tramitou na Câmara dos Deputados, há disposição onde o descumprimento de ordem judicial atinente as obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, *sem prejuízo nas penas de litigância de má-fé serão criminalizadas pelo crime de desobediência*.

Reza o artigo 521, §2º do PL 166/2010, *verbis* "O descumprimento injustificado de ordem judicial, fará o executado incidir nas penas de litigância de má-fé, **sem prejuízo de responder por crime de desobediência**". (grifo nosso)

Por sua vez, o PL. 8.046/2010, em seu artigo 550, §4º prevê que "O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, **sem prejuízo de sua responsabilidade por crime de desobediência**". (grifo nosso))

Ou seja, o projeto do novo CPC, seja na redação aprovada pelo Senado, seja na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, prevê com clareza e acerto **que as sanções processuais incidem de forma autônoma em relação a esfera criminal, onde fica reservado aos órgãos competentes o poder/dever de instaurar a persecução penal, corolário lógico de um Estado que pretende ver suas ordens judiciais devidamente fortalecidas e respeitadas.**

5 CONCLUSÃO

Como nos propusemos no início do presente trabalho, realizamos um corte horizontal na análise do tema passando por duas necessárias conceituações teóricas para, ao final, aplicarmos tais postulados com vista a sua aplicação prática e concreta no âmbito das *astreintes*.

A fim de alinhavarmos nossas conclusões, seguimos a mesma ordem de exposição adotada no corpo do trabalho e, portanto, começamos a mencionar os conceitos de sanção. Vimos que a sanção é, do ponto de vista prático, indissociável do Direito. Uma vez que as normas jurídicas - e portanto o próprio Direito - sejam *fisicamente violáveis*, as sanções se constituem em um mecanismo *cujo objetivo é o de garantir o cumprimento do preceito jurídico desejado pelo sistema*.

As sanções almejam atuar sobre a *vontade* dos cidadãos, visando a que tenham *condutas desejáveis* pela sociedade, condutas estas que *estão descritas e são representadas pela hierarquia de valores estabelecida pelo ordenamento jurídico*.

O adequado estabelecimento de um sistema de sanções deve ser objetivo a ser perseguido por qualquer ordenamento jurídico. A sua adequada estipulação deve resultar em uma maior observância das normas jurídicas, cujo cumprimento revela, ao fim e ao cabo, respeito pelos valores/interesses que a própria sociedade ordenou e hierarquizou dentro de um sistema jurídico organizado. Ao revés, sanções mal aplicadas ou mal idealizadas, geram não apenas o efeito deletério de não induzir a prática do comportamento desejado mas, de certa forma, servem de *álibi* ou *expição* ao transgressor ao gerar no imaginário do cidadão que o adimplemento da sanção redime o descumprimento do preceito.

Sanção, no entanto, não significa somente punição. Demonstramos a existência das chamadas *sanções premiaias*, onde a conduta desejável é *premiada* ao ser observada. Demonstrou-se brevemente que a sanção premial tem a vantagem de *buscar obter comportamentos ideais ou modelares*, enquanto as sanções punitivas seriam inferiores neste quesito, ao apenas evitar condutas ilícitas ou indesejáveis. Sem falar em um aspecto de maior adequação das sanções premiaias a um moderno Estado Democrático de Direito, com vistas a um Estado que não seja apenas um “*carrasco*” dos seus súditos, mas *indutor ou promotor* de comportamentos ideais.

Sanções premiaias no entanto, não bastam por si só em um sistema jurídico, isto é, não prescindem de sanções repressivas/punitivas. Isto porque, demonstrou-se que há três quadrantes para se situar os comportamentos dos indivíduos em termos de sua adequação aos preceitos e valores jurídicos que se pretendem sejam tutelados. Neste diapasão, diga-se que os

comportamentos podem ser indesejados/ilícitos; meramente lícitos; ou, ideais/modelares. Os comportamentos tidos por meramente lícitos, são aqueles que, em que pese não se esteja violando nenhuma norma jurídica também não se está a adotar o padrão máximo, tido por excelente, em termos de atendimento de uma conduta socialmente adequada. Tome-se por exemplo a questão da escassez de água na Cidade de São Paulo no presente momento. Poder-se-ia estabelecer uma sanção punitiva - como de fato se estabeleceu - para quem passar a consumir mais água do que fazia normalmente (conduta indesejada). Nada se altera para quem continua consumindo a mesma quantidade de água (conduta meramente lícita). Dá-se desconto para quem conseguir economizar água (sanção premial/conduta desejável ou modelar para aquele momento). Logo, vê-se que um sistema não poderia ser construído, de forma a estar alicerçado somente em sanções premiaias, uma vez que estas tem como destinatário a obtenção de comportamentos tidos por excelentes, mas não atuam fortemente nos comportamentos desconformes, campo este de incidência típica das sanções punitivas.

Ainda no plano de uma teoria geral das sanções, salientou-se que estas carregam consigo a importante característica da sua *intensidade*. Não basta o sistema jurídico conter a previsão da sanção “topologicamente” bem prevista no sistema, isto é, idealmente posicionada “ao lado” do preceito jurídico que se pretende proteger. A intensidade desta sanção revela, à saciedade, o peso jurídico que o ordenamento entrega ao próprio preceito que se pretende seja cumprido. Sanções de baixa intensidade apontam para preceitos cujo descumprimento geram consequências de pouca monta. Sanções de alta intensidade revelam – ou deveriam revelar – preceitos caros ao sistema jurídico, e que portanto, merecem nível alto de proteção contra o seu descumprimento.

No momento em que identificado que o escopo das sanções é atuar sobre a vontade humana, abrimos espaço para os aportes das *teorias sobre o comportamento* de forma a estudar o processo comportamental humano, bem como o processo de tomada de decisão.

Ora, se as sanções visam *obter comportamentos desejáveis*, nada mais lógico do que se estudar o *modo* como o comportamento humano se desenvolve frente a um processo de tomada de decisão, e a influência nesta decisão da correspondente sanção que possa estar atrelada a uma ou outra posição adotada por tal indivíduo.

Neste particular, observou-se que há total sinergia entre o objeto de estudo do Direito e das duas teorias – que são as mais conceituadas – trazidas ao trabalho: a *teoria econômica e a teoria psicológica do comportamento humano*.

Em ambas, o estudo das sanções tem amplo campo de atuação e reflexão. Ao aprofundarmos nossos estudos, concluímos que embora a teoria econômica muito explique

acerca do comportamento humano, estaria ela um passo atrás da teoria psicológica, que não apenas busca explicar o comportamento *no ato de escolha*, mas através das *experiências* até então vividas, bem como, nas *consequências* do ato para o futuro. Além do mais, pressupõe a teoria psicológica um sujeito *nem sempre puramente racional* – muito mais próximo de uma pessoa real – do que o indivíduo pressuposto pelo modelo econômico, que é um ser de escolhas sempre – ou *a priori - racionais e informadas*.

A teoria psicológica por sua vez, amolda-se feito luva à mão ao estudo das sanções no Direito. Através da análise que empreendemos, vimos que o sistema de *sanções* no Direito em muito se relaciona com o que tal teoria chama de sistema de *reforço/punição*. Note-se o encaixe – quase uma imagem no espelho - com as sanções *premiais/punitivas*.

O estudo destes reforços/punições *foi levado pela psicologia à pesquisas concretas com seres vivos*, onde estabeleceu-se uma série de circunstâncias que geram maior ou menor aderência entre o *reforço/punição recebido e a prática da conduta desejada*. Com efeito, *reforços/punições* de maior intensidade obtém um maior grau de *obediência* em relação ao ato/conduta que se pretende obter. Ressalta pois, a questão da *intensidade* da sanção.

Outra questão que resta clara da análise de tais teorias é de que *apreendemos de acordo com nossas experiências, portanto, através do estabelecimento de relações de causa e efeito*. Portanto ***o menor lapso temporal possível entre o ato (in)desejado e a sanção, estabelece relações de causa e efeito mais fortes, capazes de assegurar que a conduta (não) se repita no futuro***.

Mas não apenas isso. Registramos que nosso aprendizado também se liga ao que acontece com os demais membros da sociedade. Ligamos *atos* (dos outros) *às suas consequências*. Portanto, a adequada e firme aplicação das sanções no Direito não serve apenas em relação ao indivíduo sob a qual incidiu. Serve como *orientação aos demais*, o que ficou conhecido como *reforço vicário*, no âmbito da teoria psicológica.

Ademais, desde o segundo capítulo do trabalho, pudemos extrair proposições das teorias comportamentais, de *como as sanções podem atingir uma máxima eficácia*. Se este é um objetivo desejável ao Direito não vemos razão para, na medida do possível, não se acolher tais sugestões teóricas advindas de outras áreas do conhecimento humano.

Este é um aspecto que vale a pena ser insistido em termos de conclusão do presente trabalho: se a obtenção de determinados comportamentos é, a um só tempo, escopo do Direito e objeto de estudo da *Psicologia* e da *Economia*, não se compreende a razão de não haver uma enorme sinergia entre estas ciências neste particular. Ora, se há uma série de requisitos – já identificados por tais ciências - para que um comportamento seja obtido ou, no mínimo, para

se ter a maior possibilidade de obtenção de um dado comportamento, esse cruzamento transdisciplinar urge por ser estreitado e aprofundado.

No terceiro capítulo do trabalho, adentramos na sustentação de um direito processual *totalmente autônomo* do direito material.

Sendo, de um lado, uma temática que, *per si*, encerra uma densidade teórica monumental e, de outro, tendo-se como objetivo do presente trabalho uma análise horizontal dos temas que aborda como forma de cotejá-los em conjunto, nossa opção foi adentrarmos nesta temática somente até o ponto necessário para demonstrarmos os elementos que nos levaram a sugerir *a – ainda não ocorrida – total autonomia* do processo.

Para situarmos nosso pensamento de autonomizarmos o processo para além das teorias hoje em curso, tivemos de fazer um rápido rescaldo da evolução do Direito Processual. Percorreu-se pois, brevemente, as teorias imanentistas, civilistas, até chegar-se a instrumentalidade, onde pretensamente, teria o processo alcançado a sua autonomia total. Demonstramos pois, com espeque na análise das *astreintes* - entre outras sanções processuais - que a autonomia tão propalada do processo ainda carrega forte carga das teorias históricas que lhe precederam, impondo, não raramente, a sua (re)vinculação com o direito material.

Assim, entendemos dar um passo além, no sentido de propor a total autonomia do processo perante o direito material, garantindo às normas processuais um dever de sujeição de natureza própria, não porque vinculadas ao final do processo a um direito material que lhe dava supedâneo, mas como condição de possibilidade da obtenção de um ambiente íntegro e ético, justamente para a obtenção (ou construção) do direito do “caso concreto”. Isto, ao fim, nos levará a conclusão de que se normas *processuais existem e são autônomas, devem existir sanções que lhes assegurem o cumprimento: as sanções processuais*.

Nossa conclusão acerca da autonomia do processo pode ser resumida da seguinte maneira: uma releitura da autonomia do processo - no sentido que lhe foi dado em um período em que já se poderia chamar de clássico - a fim de que se fuja da conclusão de ser o processo uma *mera técnica ou um mero servo do direito material*. Posto desta forma, como aliás, vem sendo tratado até hoje, *há sempre uma relação de hierarquia, subordinação ou submissão entre processo e direito material*.

Propomos a releitura e separação total de um e outro, substituindo-se a *relação de mera técnica ou instrumentalidade*, por outra de *compromisso e harmonia* entre um e outro.

Isto é fundamental em razão de *separarmos as funções do processo em dois grupos*, quais sejam, de a) eficazmente aplicar *no mundo dos fatos* o direito pronunciado no âmbito de um processo judicial, garantindo-lhe a eficácia (que é um enunciado que se alinha com as mais

modernas teorias) e b) *construir a solução (ou o direito) do caso concreto*, o que deve ser feito mediante participação ética das partes e do juiz.

Essa função de construção do direito do caso concreto – que não é reconhecida ou posta em relevo pelas teorias clássicas, onde o direito material já estaria “previamente posto” – é de suma importância.

Isto porque, não apenas a “descoberta” de uma resposta adequada com a participação das partes já é algo difícil por si só, como também é sempre extremamente problemática a **reconstrução do fato** sobre o qual deverá incidir a solução que virá a lume.

Diante de toda esta complexidade, assume o processo nova posição de *co-autor* da solução do caso concreto, sendo sua função *não apenas a de garantir as regras do procedimento* mas, sobretudo, *garantir um espaço fortemente permeado pela ética, onde as partes e o juiz estejam fortemente vinculados por deveres processuais de conduta*. Estes deveres processuais que estamos a sugerir, obrigam que as partes em juízo tenham rígido comportamento ético, *cujo descumprimento faz incidir as sanções processuais*, pouco importando se, em relação ao direito material, tenham ou não as partes razão. Dito de outra forma: o ambiente *ético* ao longo do processo é impositivo para todos, *mesmo para a parte que, quanto ao direito material em causa, tenha sobradas razões para crer-se vencedor da demanda (no plano do direito material!)*. *Daí a sua autonomia*. Desvinculam-se totalmente os planos processual e material. Cessa a relação de *hierarquia entre eles e instaura-se outra, de compromisso e interação harmônica*.

Após, rapidamente adentramos em identificar o processo como um *sistema complexo*, onde as diversas interações entre os seus atos faz com que, modificações nos *inputs e outputs* deste sistema, gere resultados que podem variar considerável e imprevisivelmente. Daí porque a necessidade de se afastar por completo *inputs* ilícitos ou indesejáveis, a fim de que não possa *a própria conduta indesejada* interferir no resultado final, sobremaneira, em favor do próprio violador do dever de conduta. Para tanto, mais uma vez as sanções processuais, diante de sua autonomia, visam garantir este *espaço ético* a fim de, nele, se encontrar as condições de possibilidade para a obtenção de *repostas adequadas*.

Adentrando-se no quarto capítulo do trabalho, nosso objetivo foi tentar transpor para a dimensão operável do direito todas as teorias acima mencionadas. Para tanto, elegemos as *astreintes* como ponto central de estudo, eis ser a sanção processual mais complexa, *do ponto de vista de sua forte interação com o direito material*.

Nosso estudo sobre as *astreintes* não teve (e não tem) nenhuma pretensão de esgotar a sua temática, justamente diante do corte horizontal a que nos propusemos. Antes disso, *tratamos*

apenas dos aspectos das astreintes que se relacionavam diretamente com as teorias acima expostas. Assim, diversos aspectos atinentes as *astreintes* (como por exemplo, as *astreintes e a sucumbência, astreintes e a liquidação do seu valor, a questão da prova do fato negativo do descumprimento em caso de liquidação, entre outras temáticas*) não foram abordados pois não se relacionam diretamente com as teorias acima mencionadas.

Já, no entanto, nos pontos em que encontramos sinergia entre as premissas teóricas e o campo de aplicação das *astreintes*, exercemos uma análise mais detalhada e meticulosa, inclusive descendo ao plano da Lei – eis necessário para que haja a aplicação em *concreto* da teoria – de forma a demonstrar o cabimento do quanto até aqui proposto. Dito de outra forma: o que nos separa de aplicarmos as sanções processuais e as *astreintes* da forma *ideal* do ponto de vista das teorias propostas seria, em grande parte, *apenas um olhar hermenêutico sobre o que já existe.*

Superada esta observação, diga-se que tratamos do conceito de *astreintes*, de sua *quantificação, da sua execução, da sua ligação com o tempo, a sua subsistência e independência em relação ao mérito da causa*, entre outros tantos tópicos.

Demonstramos, por exemplo, como as *astreintes* podem ser eficazes em vergar a vontade da parte, uma vez que são o único tipo de sanção que carrega a variável *tempo* como um componente *ativo* de sua mensuração. Dito de outra forma: sendo que as *astreintes* são, por definição, uma sanção que pode chegar ao infinito, o elemento para a sua cessação encontra-se justamente nas mãos do devedor: cumprir a ordem judicial ou dela recorrer. Isto impõe ao devedor uma postura ativa, diferente de outros métodos de execução ou de outras sanções, onde a *atitude* do devedor é passiva, relegada a um segundo plano.

Sugeriu-se, ademais, um método para a quantificação do valor diário (ou por outra unidade de tempo) das *astreintes*, cotejando os elementos que, para nós, sempre estarão presentes na análise da sua adequada quantificação. Para tanto, levamos em consideração *critérios de teoria economia, ou seja*, de que se impeça o devedor de calcular a *vantagem* em descumprir a ordem judicial (interesse no descumprimento); *a capacidade do devedor suportar o descumprimento* (patrimônio do devedor); e também um *critério informativo* acerca **do direito posto em causa e da sua faticidade.**

No que tange ao poder de coerção das *astreintes* nos posicionamos de forma a lhe emprestar a máxima eficácia. Isto não se deve a um desejo pessoal ou ideológico de que o sistema tenha fortes punições, mas ao revés, de que não se pode tolerar atentados contra o monopólio da jurisdição, através de condutas inadequadas e violadoras de deveres éticos e processuais. A proteção deste sistema (processual) de monopólio da jurisdição e dos deveres de conduta das partes - frente ao juízo e entre sí - é o campo que, ao fim e ao cabo, recebe a

proteção das *astreintes e, modo geral, das sanções processuais*. Atentar-se contra as regras de processo que regulam a jurisdição, significa atentar-se contra o mecanismo de pacificação social das sociedades modernas, que é o de depositar o monopólio de dizer o direito – e, a reboque, o monopólio da aplicação “forçada” da decisão – a cargo do Estado. Permitir que se atente contra o poder Estatal constituído de dizer/fazer Justiça, significa que reconhecemos um direito de “desobediência civil” contra ordens judiciais que se entendam inadequadas. Ora, nada mais equivocado pois, ordens judiciais incorretas ou injustas - de fato existem - mas devem ser combatidas *internamente*²⁸⁴ ao processo, através do remédio jurídico adequado, jamais com o enfrentamento físico através da desobediência da ordem judicial.

Justamente ao ordenarmos nossas ideias desta forma, ressalta clara nossa defesa de que as *astreintes* tutelam um dever processual de conduta que revela uma obrigação de se sujeitar as regras de processo e as ordens do Estado-juiz, durante o curso do processo, independentemente do desfecho final da demanda.

Tal é a importância que entendemos repousar sobre a questão de não se permitir que se enfrente fisicamente as ordens judiciais, que nos alinhamos pelo diapasão de que o descumprimentos da ordem judicial que contempla as *astreintes* demanda tripla reprimenda: a) incidência das *astreintes*; b) incidência das penalidades por desrespeito ao juízo, nos moldes do *contempt of court*. c) crime de desobediência do artigo 330 do CP. Esta cumulação, não representará *bis in idem* em razão de que, cada uma delas, atinge um esfera de proteção jurídica diferente, como expusemos no corpo do presente trabalho.

Todos estes itens – e muitos outros - foram interpretados de forma a integrá-los com as teorias mencionadas. Por exemplo, a *pronta execução das astreintes, liga-se a teoria psicológica de que a sanção não pode distar do fato que lhe deu causa, sob pena de não se estabelecer uma forte e adequada relação de causa e efeito*. Também a questão de que *as astreintes remanescem ainda diante da sentença de improcedência, uma vez que tenhamos autonomizado o plano processual do material*. Entre outros tantos enunciados que se poderia aqui alinhar, mas que já foram mencionados ao longo do trabalho de forma a fazer com que, sempre, todas as premissas teóricas prévias, dialogassem com as conclusões práticas obtidas.

Note-se, ademais, que apesar de empregarmos uma leitura do sistema no sentido de *sancionarmos* gravemente as condutas inadequadas, isto em nenhum momento significou fragilização de direitos. Ao contrário, mostrou-se que as *sanções processuais* implicam em raciocínio de *não-relativização*, pois a relativização de determinadas categorias jurídicas

²⁸⁴ Ou até externamente ao próprio processo - mas sempre dentro do sistema judicial - como por exemplo, através de ações autônomas, a exemplo da ação rescisória.

implicam violações de direitos (como por exemplo quando aplicado em quadrantes inadequados como no “ambiente ético” do processo que não admite relativização). Por outro lado, mostrou-se a diferença existente entre uma *sanção de direito material e uma sanção processual, do ponto de vista de sua constatação*. O ilícito processual é, por assim dizer, de forma resumida, *de muito mais fácil cognição e percepção pelo juiz. Sendo portanto, mais rápida a conclusão, mais rápida pode (e deve ser) a sanção*.

Não se pode deixar de registrar, ademais, a posição jurisprudencial sobre o tema, que em alguns pontos é extremamente firme ao impor o mecanismo das *astreintes* e em outros tantos quadrantes, termina por fragilizar, quase por inviabilizar o instituto. Isto ocorre, por exemplo, quando se busca reestabelecer uma relação entre o valor das *astreintes* e o valor do “principal” do processo, em uma clara alusão vinculativa das *astreintes com o direito material*. Ora, se as *astreintes* são por natureza *desproporcionais* a prestação que é exigida do devedor - justamente como forma de lhe dobrar a vontade - por evidente que o seu valor, quando porventura vierem a incidir, também será desproporcional.

Neste momento, demonstramos que há no Brasil uma exacerbada preocupação com os ganhos da parte autora no recebimento das *astreintes*, tendo os tribunais invocado, corriqueiramente, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa para justificar - *posteriormente a sua incidência* - a revisão retroativa do valor das *astreintes*. Entendemos e justificamos longamente no trabalho, como tal procedimento se nos mostra equivocado, além de não guardar em nada, absolutamente nada, relação com a previsão de vedação do enriquecimento sem causa previsto no Código Civil, que demanda requisitos específicos que não se fazem presentes no caso das *astreintes*.

Também abordamos a questão da jurisprudência brasileira por vezes utilizar conceitos “abertos” - como adequação, razoabilidade, proporcionalidade ou ponderação - como forma de ensejar uma redução no valor das *astreintes* quando, sempre nos pareceu, uma indisfarçável preocupação com os ganhos da parte autora que, no caso das *astreintes*, não são outra coisa e não possuem outra dimensão, **que não a exata extensão e magnitude da insistência do devedor em descumprir a ordem judicial**. É o devedor que dita o alcance da multa que ele próprio terá de pagar. Insista-se pois que se a obrigação não é exequível, não se poderá onerar o devedor, sendo que, no entanto, como já dito alhures, tal alegação deverá ser feita internamente ao processo, nas vias adequadas, e não através de puro e simples enfrentamento ou descumprimento da ordem judicial.

Por fim, talvez seja interessante mencionar que, como nossas conclusões nos inclinam por uma abordagem que poderia ser rotulada de uma leitura “dura” do sistema, no sentido de

aplicar gravemente as sanções aos descumpridores dos preceitos jurídicos, em diversos momentos estabelecemos os adequados *freios e contrapesos*, inclusive adotando posição contrária a jurisprudência e, mesmo, a “moderna” tendência trazida nos projetos de Código de Processo Civil acerca das intimações da parte, através do advogado. Ora, intimações que devam ter como destinatário direto a própria parte estarão praticamente caindo em desuso, encarregando-se o advogado de fazer tais comunicações, uma vez ele próprio, intimado através de nota de expediente ou outro meio juridicamente válido.

Entendemos este ponto como um gravíssimo retrocesso, com potencial enorme de causar inúmeros prejuízos e injustiças. A consequência de presumir-se a parte intimada através do seu advogado, por certo que não traz apenas a inadequada conclusão de que o advogado tenha, em todos os casos, acesso direto e objetivo ao seu cliente. Pior do que isso, fará com que, cada vez mais, o sistema jurídico – e no caso, fortemente, o instituto das *astreintes* – torne-se poroso a “*interpretações de ajuste*”, do tipo “ponderação”, “razoabilidade” ou formulas abertas de tal jaez. Isto porque, qual julgador aplicará uma *astreinte* de vários milhões de reais, diante de eventual dúvida acerca de se a parte sabia de fato e verdadeiramente, do exato conteúdo e da objetiva obrigação que lhe era exigida? Não se perca de vista que intimações do advogado, através de Notas de Expediente, **são intimações fictas**, presumidas, que em nossa opinião, não podem onerar a parte e nem substituir intimações reais, presenciais e concretas. Tomamos no trabalho postura antirrelativista, no sentido de que o direito deve ter consequências e mecanismos claros e objetivos na medida do possível. Temos pois, de combater mecanismos que façam o sistema ficar poroso, permeável a ponderações e reajustes *ad hoc*, como é o caso de destinar uma ordem judicial para o seu procurador e não para a própria parte, a quem incumbe cumprir com o quanto determinado pelo juízo.

Por fim mas não menos importante, não olvidamos em cotejar, em cada um dos temas que nos referimos neste trabalho, ao Código de Processo Civil atual e de fazermos expressa remissão e comentários aos projetos de Código de Processo Civil (seja o da Câmara, seja o do Senado) como forma de cotejar as possibilidades em termos de texto legal, do que virá a ser – provavelmente – o novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Assim, o presente trabalho pretendeu dar *sinergia* entre as teorias aventadas de forma a se tentar obter elementos epistemológicos das sanções processuais, quiçá para a construção futura de uma “*teoria das sanções processuais*”.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- BARBOSA, Rui. Oração aos moços. **Academia Brasileira de Letras**, Rio de Janeiro, [2014]. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/rui-barbosa/textos-escolhidos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.
- BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O processo judicial como elemento integrativo do direito litigioso. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria geral do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 67-93.
- BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho**. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.099.928/PR**, 4ª Turma. Agravantes: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 11 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802373890&dt_publicacao=17/11/2014>. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 558.714/PE**, 2ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, DF, 07 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401940417&dt_publicacao=14/10/2014>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recuso Especial n. 1.113.627/RS**, 4ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900038961&dt_publicacao=30/08/2013>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.151.817/RS**, 4ª Turma. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901508575&dt_publicacao=15/06/2012>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo n. 857.758/RS**, 2ª Seção. Embargante: Segredo de Justiça. Embargado: Segredo de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000101605&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 92.655/ES**, 5ª Turma. Impetrante: Segredo de Justiça. Impetrado: Segredo de Justiça. Paciente: Segredo de Justiça. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702444686&dt_publicacao=25/02/2008>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.475.157/SC**, 3ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorridos: Segredo de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 18 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402082422&dt_publicacao=06/10/2014>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.200.856/RS**, Corte Especial. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 01 de agosto de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001258394&dt_publicacao=17/09/2014>. Acesso em: 28 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1245539/SP**, 3ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 08 de abril de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100390986&dt_publicacao=29/04/2014>. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.359.558/PB**, 3ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 09 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202500042&dt_publicacao=15/05/2013>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.006.473/PR**, 4ª Turma. Recorrente: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Luis Felipe Salomão; Relator para o acórdão: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 8 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702705583&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 681.294/PR**, 3ª Turma. Recorrentes: Segredo de Justiça. Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2008. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401169257&dt_publicacao=18/02/2009>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 410**. A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='410'>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86.254/RS**, 2ª Turma. Impetrante: Segredo de Justiça. Paciente: Segredo de Justiça. Coator: 1ª Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363882>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo código de processo civil: comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In: NERY JUNIOR, Nelson (Coord.) et al. **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 156-157.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

CARREIRA ALVIM, Jose Eduardo. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Sagli di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930. v. 1.

COLLIN, Catherine et al. (Coord.). **O livro da psicologia**. Trad. Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. São Paulo: Globo, 2012.

- DE LUCCA, Newton. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 12.
- DE MATTIA, Angelo. Merito e recompensa. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano, v. 17, n. 6, p. 608-624, 1937.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- ESMEIN, Adhémar et al. L'origine et la logique de la jurisprudence em matière d'Astreintes. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 5-53, 1903.
- ESTORNINHO, Maria João. Implicações: as fronteiras entre o direito público e o direito privado. In: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 139-158.
- FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GAZZANIGA, Michael S.; HEATHERTON, Todd F. **Ciência psicológica**: mente, cérebro e comportamento. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GLEICK, James. **Caos**: a criação de uma nova ciência. Rio de Janeiro: Campus, 1990.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores).
- JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 359-380.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- KINNER, Burrhus Frederick. **Ciência e comportamento humano**. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KISHTAINY, Niall et al. **O livro da economia**. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Globo, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, Marcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto. **Princípios básicos de análise do comportamento**. São Paulo: Artmed, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Novas fórmulas para a solução de conflitos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) et al. **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 323-326.

NOTARIANO JÚNIOR. Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do poder judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 54/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 59-62.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos. **Desenvolvimento humano**. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PITÁGORAS. **[Frases e pensamentos]**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/NzkyNDA4/>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado practico de derecho civil frances**. Trad. Mario Diaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brussne. [S.l.]: Cultural, 1945. t. 7, pt. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRATA, Edson. As “astreintes” no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 22, p. 15-47, 1980.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70062473384**, 19ª Câmara Cível. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Des. Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, 10 de novembro de 2014. Disponível em

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=astreintes+e+improcedencia&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 26 nov. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n° 70060593597**, 6ª Câmara Cível. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Desa. Elisa Carpin Corrêa. Porto Alegre, 15 de agosto de 2014. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70060593597&num_processo=70060593597&codEmenta=5898841&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 nov. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n° 70046754545**, 5ª Câmara Cível. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Magida Cristiane de Alme Segredo de Justiça. Relator: Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Porto Alegre, 11 de abril de 2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=agravo+70046754545&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=#main_res_juris>. Acesso em 22 set. 2014.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do Mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado n° 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. 9. ed. Trad. Marília de Moura Zanella e Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 17, p. 99-126, nov. 1983.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SKINNER, Burrhus Frederick. **Ciência e comportamento humano**. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do poder judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 54/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31-40.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TELLES JUNIOR, Gofredo. **A criação do direito**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Mestrado em Modelagem de Sistemas Complexos. **O que são sistemas complexos?** São Paulo, [2014]. Disponível em: <<http://each.uspnet.usp.br/sistcomplexos/PageFAQ.html>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8.