

A MULTA JUDICIAL (ASTREINTE): CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA *FIXAÇÃO E MODULAÇÃO DO QUANTUM* ALCANÇADO

Rafael Caselli Pereira¹

Advogado

Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do RS - PUCRS
Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil
Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo
Pós-Graduado e Membro Honorário da ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil

RESUMO: Na vigência do § 6.º, do art. 461, do CPC/73, toda decisão envolvendo a multa judicial (astreinte) possuía eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar seu valor e/ou periodicidade, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Tal entendimento restou modificado por completo com a vigência do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015, que outorgou, exclusivamente, eficácia *ex nunc* (não retroativa) a tais decisões. Em tese, a multa consolidada seria imutável, contudo, a jurisprudência, de forma uníssona, mantém o entendimento de que o *quantum* alcançado pode ser modificado. Nosso objetivo é o de dialogar com a jurisprudência, no sentido de buscar critérios objetivos para uma fundamentação qualificada dessas decisões (§ 1.º, do art. 489, do CPC/2015), independente de manter ou reduzir seu valor (modulação).

PALAVRAS-CHAVE: Multa judicial. Astreinte. Parâmetros. Fundamentação. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

Ao compararmos o revogado § 6.º, do art. 461, do CPC/1973, com o vigente art. 537, § 1.º, do CPC/2015, verifica-se que, em tese, o *quantum* alcançado pela incidência da multa judicial (astreinte) seria imutável. Enquanto a doutrina

¹ Advogado. Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo; Pós-Graduado e Membro Honorário da ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

majoritária entende que tal dispositivo deve ser interpretado literalmente (sendo vedada qualquer forma de alteração do valor já consolidado), a jurisprudência uníssona de nossos tribunais e do STJ segue interpretando o novo dispositivo com os olhos do CPC/73, alterando o valor e/ou a periodicidade a *qualquer momento* e grau de jurisdição.

Diante de radical alteração, questiona-se: será privilegiado o direito da parte em obter, em um prazo razoável, a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*, leia-se a *efetividade da tutela jurisdicional*, prevista no art. 4.º, do CPC/2015, através da manutenção (da força coercitiva da astreinte) do *quantum* alcançado pela multa *vencida* ou o Poder Judiciário vai seguir a orientação vigente do CPC/73, reduzindo o valor consolidado, a qualquer momento e grau de jurisdição e, o que é mais grave, *sem nenhuma fundamentação qualificada*?

Pelo disposto no § 1.º, do art. 537, não mais se admite o denominado efeito *ex tunc* (retroativo) das decisões que fixam a multa judicial (astreinte), ou seja, é vedada por lei a alteração daqueles critérios originalmente ponderados, quando do momento de *fixação* da multa (valor suficiente e compatível com a obrigação, e mediante a concessão de prazo razoável para cumprimento da medida). De qualquer forma e pelo fato da jurisprudência seguir admitindo a modulação do valor alcançado, verifica-se a necessidade de delimitar de que *modo* e em *qual* momento processual é possível realizar a *modulação* do *quantum* alcançado, bem como fixar critérios objetivos para uma fundamentação qualificada de tais decisões, sendo este o objetivo do presente artigo.

A resposta para tal indagação justifica-se na relativização do art. 537, § 1.º, do CPC/2015, pois eis que, mesmo após a vigência do novo código e não obstante à vedação da eficácia *ex tunc* de tais decisões, não sendo mais possível retroagir ao momento em que a multa restou fixada, para fins de alteração do valor e/ou sua periodicidade, identifica-se que boa parte da jurisprudência segue modulando o valor total alcançado, inclusive alterando, de forma *retroativa*, critérios (valor e/ou periodicidade) pré-definidos no despacho que *fixou* a astreinte.

Diante de tal fato, faz-se imperioso fixarmos a premissa de que o Poder Judiciário, por via reflexa de incidência dos efeitos do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, expressos no art. 8.º do CPC/2015, ainda poderá modular o *quantum* alcançado pela multa judicial (astreinte), contudo, não poderá retroagir ao momento em que a multa fora aplicada.

Ao analisarmos o disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015, verifica-se que o legislador optou pela necessidade de motivação analítica ou qualificada de toda e qualquer decisão judicial, no entanto, permanece a insatisfação dos jurisdicionados, em relação à falta de observância ao dever de fundamentação constitucio-

nalmente adequada ao caso concreto, tanto nas hipóteses de *redução* quanto de *manutenção* do *quantum* alcançado pela multa judicial (astreintes), que não raras vezes supera, e muito, o valor da obrigação principal.

Em tais hipóteses, ora a jurisprudência justifica a necessidade de manutenção do valor da multa, em razão do direito à *efetividade da tutela jurisdicional* e da necessidade de ser respeitado o preceito judicial, originado pelo próprio Poder Judiciário, ora justifica a redução do valor alcançado, porquanto a multa possui caráter acessório, sendo *vedado o enriquecimento sem causa ou ilícito*.

Por ocasião de pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada entre os anos de 2014 até 2016, para fins de publicação da obra: “A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial”, identificou-se uma total ausência de critérios *objetivos*, tanto para o momento de *fixação* da multa judicial (astreinte) quanto para o momento de *modulação*, através da manutenção ou redução do *quantum* alcançado, bem como verificou-se a necessidade de identificar qual seria o *momento processual* apto a admitir tal reflexão (de acordo com a literalidade do *caput* e § 1.º, do art. 537, do CPC/2015).

Por meio da extensa pesquisa acima referida e em uma análise do instituto da astreinte, sob a égide do CPC/2015 (art. 537), foi possível demonstrar a influência do comportamento das partes (juiz-credor-devedor) no *quantum* alcançado pela astreinte *vencida* (já consolidada) do caso concreto, mediante análise da observância dos princípios da boa-fé (art. 5.º), cooperação ou colaboração - (art. 6.º) e o da mitigação de prejuízo pelo credor (*duty to mitigate the loss*) para consecução da finalidade do processo, através da entrega da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 4.º).

Coincidência ou não, em julgamento pioneiro realizado em novembro de 2016 (mesmo mês em que foi lançada a obra supracitada), o Superior Tribunal de Justiça, através do AgInt, no AgRg, no AResp 738682/RJ, cujo acórdão somente fora disponibilizado em 14/12/2016, por intermédio de sua 4.ª Turma, buscou debater alguns parâmetros para *modulação* do *quantum* alcançado pela multa, para fins de possibilitar, a partir da análise do caso concreto envolvendo a astreinte, uma fundamentação analítica nos moldes do § 1.º, do art. 489, do CPC/2015.

O papel da doutrina é o de dialogar com a jurisprudência das Cortes Supremas na tentativa de suprir eventuais omissões legislativas ou interpretações controvertidas.

Por meio do presente artigo, portanto, propomos uma reflexão acerca do *momento processual adequado* para modulação do valor, além dos critérios sugeridos pela doutrina, em relação aos parâmetros recentemente debatidos pelo STJ, porquanto não há mais espaço para apenas decidir sem apontar objetiva e

qualitativamente a *ratio decidendi*, a fim de *manter* ou *reduzir* o crédito total alcançado pela multa, harmonizando-se às bases ideológicas (no sentido de garantia da segurança jurídica, mediante a manutenção da jurisprudência estável, íntegra e coerente) do Novo Código, ao espírito do instituto da astreinte e visando garantir o moderno processo de resultados.

1. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA E QUALIFICADA DISPOSTO NO § 1º, DO ART. 489, DO CPC/2015, E A NECESSIDADE DA RESPOSTA MOTIVADA AO CASO CONCRETO

Um dos assuntos mais debatidos pela doutrina brasileira, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, diz respeito à inserção do direito constitucional à fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, até então, ilustrado no inciso IX, do art. 93, da CF/88, de forma expressa no § 1.º, do art. 489, do CPC/2015, substituindo-se o livre convencimento² pelo dever de fundamentação analítica e qualificada.

Ao analisar o dever comportamental do juiz³, em relação à motivação da decisão mediante a construção dos fatos⁴, o jurista italiano Michele Taruffo con-

2 Hermes Zaneti Júnior e Carlos Frederico Bastos Pereira demonstram que “o Código de Processo Civil não mais transige com interpretações arbitrárias, solipsistas e descontextualizadas da ordem jurídica, compromete-se, ao contrário, com a solução realista-moderada e responsável da interpretação, como revelam os dispositivos que dão conta da eliminação do “livre” convencimento judicial (art. 371), da fundamentação adequada (art. 489, § 1.º), da justificação interna e externa, fática e jurídica, com exigências para utilização da ponderação como método de solução da colisão entre normas (art. 489, § 2.º) e dos deveres de estabilidade, coerência e integridade (art. 926, *caput*). ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

3 Ao analisar o magistrado como protagonista do processo judicial, o saudoso professor Calmon de Passos, sabiamente, adverte que: “Decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumir num Estado de Direito Democrático. Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas no sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade”. PASSOS, Joaquim José Calmon de. O magistrado como protagonista do processo judicial? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Fórum, v. 24, p. 14, jan./mar. 2009. Em síntese, valendo-se da lição de Miguel Reale: “A decisão como momento culminante de um processo valorativo de dados factuais e doutrinários em confronto. Sem motivação não há devido processo legal”. REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 153.

4 É importante recordarmos o Enunciado 515 do FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cívis, que determina que: “Aplica-se o disposto no art. 489, § 1º, também em relação às questões fáticas da demanda”, e o Enunciado 516, ao dispor que: “Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada”. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2017.

clui que: “A motivação deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis; portanto, as razões com base nas quais se justifica sua decisão, fazendo referência às provas [...]”⁵. Tal ensinamento aplica-se no dever de fundamentação analítico e qualificado de toda e qualquer ação judicial.

Sobre a novidade ilustrada no § 1.º, do art. 489, do CPC/2015, José Miguel Garcia Medina espera que “no momento da prolação da decisão sobre a causa, se chegue ao fim de um ciclo: o necessário *diálogo* que deve ter havido ao longo do processo só será considerado íntegro se sua conclusão manifestar-se através de uma resposta jurisdicional fundamentada”⁶. Para configuração do *diálogo* no processo, é fundamental que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas em juízo. Do contrário, há monólogo no lugar do diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo⁷, adverte Daniel Mitidiero. Somente por intermédio de uma fundamentação adequada, o juiz conseguirá evidenciar ter empreendido todos os esforços para atingir a melhor solução do caso levado à sua apreciação⁸.

O dever de fundamentação das decisões judiciais constitui legítimo direito fundamental do cidadão, previsto expressamente no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, ou seja, garantiu-se ao jurisdicionado, desde sua vigência em 1988, não apenas o direito a ter seu litígio solucionado, mas especialmente o direito a uma decisão fundamentada. Para tanto, faz-se necessário fundamentar de forma qualificada para, então, decidir, não sendo mais possível simplesmente decidir sem apresentar a construção do raciocínio (através de critérios lógicos⁹ e objetivos) utilizado para apresentar tal resultado (conclusão da decisão judicial). Não há mais espaço para decisões superficiais, descontextualizadas e despreocupadas em demonstrar por que e com base em quais critérios fora *fixada*, bem como de que forma restou *mantido* ou fora *reduzido* o *quantum* alcançado pela multa judicial (astreinte).

5 TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 273.

6 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 772.

7 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

8 LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66.

9 Sobre a natureza da motivação, Botelho de Mesquita destaca que “é a de um juízo *lógico* que reproduz uma sentença e uma conclusão formada na mente do juiz sobre o material da causa”, sendo sua função a de “dar vida às condições necessárias à resolução da lide ou, mais especificamente, à prolação do comando”. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 22, p. 45-46.

São cada vez maiores os números de mecanismos¹⁰ criados pelo legislador, na busca pela tão almejada garantia da celeridade e efetividade do processo¹¹, mediante aplicação de ferramentas de aceleração de solução de litígios, prejudicando o dever constitucional e, agora, processual do jurisdicionado, em obter uma fundamentação minuciosa e qualificada de seu processo. Estamos diante da *crise do caso concreto*¹².

Aliás, mesmo após a vigência do CPC/2015, verifica-se, tanto nas cortes estaduais e federais como nas Cortes Supremas¹³, extrema resistência em atender o disposto no § 1.º, do art. 489¹⁴, do CPC/2015. Não se reputa fundamentada, a teor do que dispõe o inc. IV, do § 1.º, do art. 489, a decisão que

10 Na vigência do CPC/73: Lei n.º 9.756/1998, que aumentou os poderes monocráticos do relator; Lei n.º 11.276/2006, que criou a súmula impeditiva de recursos; Lei n.º 11.277/2006, com a inserção do julgamento liminar da ação; e a Lei n.º 11.672/2008, estabelecendo o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, no âmbito do STJ. Se analisarmos a Constituição Federal, identifica-se a criação da súmula vinculante e da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário EC 45/2004.

11 Rodolfo de Camargo Mancuso denomina o fenômeno da *standardização* do direito, de forma a se aceitar que pretensões individuais deixassem de ser propriamente julgadas e apreciadas, sendo somente submetidas, de forma mecânica e acrítica, a uma tese jurídica retirada do processo paradigma. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

12 O eterno mestre Ovídio Baptista da Silva, já há muito tempo, criticava as “usuais fundamentações de sentença elaboradas a partir da referência à doutrina e a textos legais. Por esta via, jamais se terão em conta as “circunstâncias” do caso concreto. De resto, não devemos confundir fundamentação das sentenças com a maneira como o juiz costuma explicar os motivos de seu convencimento”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006, p. 337-338.

13 Em sentido contrário à maioria dos julgados, a Ministra Nancy Andrigui, da 3.ª Turma do STJ, através do REsp n.º 1622386/MT, de forma lúcida e no sentido literal do dispositivo em comento, referiu que: “*Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida. Na hipótese, mostra-se deficiente a fundamentação do acórdão, no qual é confirmado o indeferimento da gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões suscitadas no recurso, as quais indicam que a recorrente – diferentemente dos recorridos, que foram agraciados com o benefício – não possui recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios. E vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. Recurso especial conhecido e provido”.*

14 Sobre o art. 489, § 1.º, inciso IV, do CPC/2015, Guilherme Rizzo Amaral pondera que “o dispositivo faz referência ao dever de apreciar *argumentos* das partes. Isto significa dizer que tanto os *fundamentos* do pedido e da defesa, quanto os *argumentos* em torno destes, deverão ser necessariamente analisados sempre que, em tese, puderem infirmar a conclusão do julgado. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 593.

deixa de enfrentar *todos os argumentos* postos que - em tese, mas de modo objetivo - poderiam ser *capazes de infirmar, derrubar, a conclusão atingida* pelo juiz¹⁵, advertem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.

Calmon de Passos, com a sabedoria que lhe era peculiar, há muito tempo, já diagnosticou a problemática do dever de fundamentação, em relação à tão almejada celeridade e efetividade processual, ao referir que: “A ênfase deve ser finalística e buscar sua justificativa na *qualidade* do produto final alcançado. Descartou-se a qualidade e deu-se absoluta primazia ao resultado em si mesmo, qual o de diminuir o número de processos empilhados em cartórios e em gabinetes¹⁶”.

Em suas reflexões sobre o art. 489 do CPC/2015, Lenio Luiz Streck comenta que “a *ratio decidendi* configura o enunciado jurídico, a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é regra jurídica utilizada pelo Poder Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão factó-jurídica (caso concreto)¹⁷”.

A *ratio decidendi* não se confunde com o relatório, fundamentação ou dispositivo da decisão. Será elaborada tomando em conta todos esses elementos, mas será sempre *algo a mais* do que todos eles¹⁸, adverte Luiz Guilherme Marinoni. Este algo a mais, referido por Marinoni, parece-nos ser os critérios objetivos para uma fundamentação qualificada do caso concreto. Ao conceituar *ratio decidendi*, José Miguel Garcia Medina entende “corresponder aos argumentos principais, sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis¹⁹”. Tal ponto vai ao encontro da necessidade do Poder Judiciário fundamentar toda e qualquer decisão que, num primeiro momento, *fixa* e, posteriormente, analisa alguns critérios objetivos imprescindíveis, para fins de modulação (mantendo ou reduzindo) do *quantum* alcançado pela multa judicial (astreinte).

A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes e das alegações produzidas por essas, com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas²⁰. Como visto, há necessidade de se fundamen-

15 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** Cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 434.

16 PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2014.

17 STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686-687.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

19 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 776.

20 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo do processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.255.

tar²¹ toda e qualquer decisão judicial, mediante a análise de todos os argumentos suscitados pelas partes, que ilustrem as razões de fato e de direito hábeis a justificar a manutenção ou redução do *quantum* alcançado pela multa, garantindo-se a força normativa do art. 489, irradiado pelo inciso IX, do art. 93 à CF/88, sistematizados com os artigos 8.º (princípios da proporcionalidade e razoabilidade) e 537 do CPC/2015, sendo tais critérios (na visão da jurisprudência e da doutrina) objeto de exploração a seguir.

2. O DEBATE TRAVADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE OS PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DAS ASTREINTES – UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA 4.ª TURMA DO STJ, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO AGINT, NO AGRG, NO AGRAVO EM RESP N.º 738.682-RJ, EM 17/11/2016

Como visto, na vigência do § 6.º, do art. 461, do CPC/73, toda decisão envolvendo a multa judicial (astreinte) possuía eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar seu valor ou periodicidade, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Tal entendimento restou modificado em absoluto com a vigência do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015, que outorgou, exclusivamente, eficácia *ex nunc* (não retroativa) a tais decisões. Em tese, a multa consolidada seria imutável, contudo, de forma uníssona, a jurisprudência mantém o entendimento de que o *quantum* alcançado pode ser modificado.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não possuíam previsão expressa em nosso ordenamento jurídico até a chegada do art. 8.º do CPC/2015, sendo fruto de construção doutrinária²² e jurisprudencial.

Uma das grandes preocupações da comunidade jurídica diz respeito à insegurança jurídica, ocasionando o fato de pessoas em situações idênticas sofrerem os efeitos de decisões completamente diferentes²³.

Via de regra, nos cumprimentos de sentença de execução da multa judicial (astreinte), identifica-se que cada caso concreto possui características fáticas próprias, em relação ao comportamento das partes. Diante de tal peculiaridade,

21 O papel do Poder Judiciário é o de identificar a observância de determinados critérios (objetivos) para, então, apresentar sua conclusão sobre o caso concreto.

22 Enquanto o princípio da razoabilidade é produto da jurisprudência norte-americana, acerca do aspecto substancial do *dueprocess*, o princípio da proporcionalidade é fruto das decisões das cortes constitucionais alemãs, destaca Eduardo Talamini. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 391.

23 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 381.

todas as alegações acerca da (in)observância dos critérios objetivos, para fins de *manter* ou *reduzir* o valor consolidado pela multa, aduzidas no caso concreto tanto pelo credor quanto pelo devedor da multa judicial, deverão ser analisadas de forma expressa na construção da fundamentação. Não basta simplesmente *reduzir* o *quantum* com base em um suposto *enriquecimento sem causa* ou *ilícito*, sem apontar os critérios que levaram a infirmar tal conclusão. Do mesmo modo, se a opção for por *manter* o valor consolidado, primando pela efetividade e respeito ao preceito judicial pretérito, resguardando a essência do instituto da astreinte, também deverão ser analisados os critérios objetivos do caso concreto, suscitados pelas partes e que culminaram por tal conclusão.

Em sessão realizada em 17/11/2016, cujo acórdão fora disponibilizado em 14/12/2016, através de julgamento do AgInt, no AgRg, no Agravo em REsp n.º 738.682-RJ²⁴ pela 4.ª Turma do STJ, verificou-se, pela primeira

24 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL, OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. ORDEM JUDICIAL DETERMINANDO QUE A RÉ RETIRE GRAVAMES DE VEÍCULO NO DETRAN, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO. 1. É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4.º e 5.º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas astreintes, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta. 2. No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as astreintes devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo. 3. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*). 4. É dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando medidas de apoio que tragam menor onerosidade aos litigantes. Após a imposição da multa (ou sua majoração), constatando-se que o apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente. 5. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5.º e 6.º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da supressão. Nesse sentido, Enunciado n.º 169 das Jornadas de Direito Civil do CJF. 6. Na hipótese, o importe de R\$408.335,96 a título de astreintes, foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal (aproximadamente, R\$110.000,00). Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o seu prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, é razoável a redução da multa coercitiva para o montante final de R\$100.000,00 (cem mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido. (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016).

vez²⁵, a tentativa do STJ em definir alguns critérios objetivos para *modulação* do valor total alcançado pela multa, dessa forma, evitando-se a dispersão da jurisprudência, em relação aos parâmetros adotados para fins de *manter* ou *reduzir* o *quantum* alcançado. Na visão do extenso acórdão do STJ, ponderou-se alguns critérios que analisaremos a seguir.

Nos termos do voto (ratificado após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão) da Ministra Maria Isabel Gallotti²⁶, a qual manteve, na íntegra, seu voto monocrático, o valor consolidado pela multa deve ser *razoável e proporcional*, guardando correspondência com a obrigação principal. Após o voto, pediu vista o Ministro Luis Felipe Salomão, inaugurando a divergência e opinando pelo parcial provimento do agravo interno, no sentido de *modular* o valor da multa para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo sido acompanhado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira. Considerando a divergência instaurada, o Ministro Raul Araújo também requereu vista dos autos para melhor análise.

Em prosseguimento ao julgamento, manifestou-se o Ministro Raul Araújo²⁷, no sentido de demonstrar sua preocupação quanto à fixação de limites para

25 Em síntese, a controvérsia do caso concreto julgado pela Corte Superior versa sobre execução de multa judicial (astreinte), objeto do agravo interno interposto da decisão da Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, que havia conhecido do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial, reduzindo o valor da multa de R\$ 408.335,96 (Quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) para R\$33.000,00 (trinta e três mil reais), valor representativo da condenação em danos materiais e morais fixado pelo juízo *a quo*.

26 E, buscou esclarecer a Ministra que: “*Quanto adoto o valor do bem material como parâmetro, não o faço por entender que seja um teto, mas a falta de outro parâmetro adequado, a depender das circunstâncias do caso concreto. Observo que há hipóteses em que sequer é possível a adoção do valor do bem da vida perseguido como parâmetro, pois não tem ele valor econômico mensurável. Como exemplo, cito o pedido de tratamento médico em caso de risco de vida. A razoabilidade da multa deve ser aferida de acordo com as peculiaridades de cada caso, conforme o panorama de fato traçado pelas instâncias ordinárias, podendo ser levado em conta o valor material do bem em causa*”.

27 Ressaltou o Ministro que: “*Não raramente, em tais hipóteses, o credor da multa diária perde o interesse pelo bem da vida buscado na ação, pois passa a visar o acúmulo da sanção pecuniária. Permanece inerte, por longo tempo, sem nada reclamar quanto ao descumprimento, esperando o valor crescer, acumular, para só então vir pleitear o montante que se tornou excessivo, apto a proporcionar enriquecimento fácil e injusto*”. Na opinião do Ministro, “*a multa, o único meio de que dispõe o Poder Judiciário para garantir o cumprimento de suas decisões, conforme se observa na leitura do § 5.º, do art. 461, do CPC/1973 e, agora, do art. 537, § 1º, do CPC/2015 (acima transcritos), cabendo ao juiz, ao aplicar o direito, adotar o meio mais eficiente, ou seja, mais eficaz e menos gravoso, à consecução da tutela pretendida. Isso nem sempre é observado*”. E acrescentou que a solução dada para o caso concreto poderia ter partido do próprio Poder Judiciário, ao referir que “*é forçoso reconhecer que, no caso, o meio mais efetivo para a consecução desse desiderato era a expedição, pelo próprio Juízo, de ofício ou mandado ao Departamento de Trânsito competente, determinando a providência. Aliás, essa providência, simples, rápida e eficaz, seria também, à luz dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, a mais adequada à efetividade do processo, visto que, a um só tempo, satisfaria a justa pretensão da parte autora, sem a necessidade de impor, à parte obrigada, ônus econômico adicional, além daqueles decorrentes da própria condenação*”. Então, finaliza seu voto criticando o comportamento omissivo da entidade financeira, ao descumprir a decisão judicial ao mesmo tempo que também criticou a omissão do credor, que somente postulou a expedição de ofício ao DETRAN/RJ, após o trânsito em julgado da sentença e acompanhando a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, que havia reduzido o valor da multa para R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais).

revisão da multa cominatória, imposta pelas instâncias ordinárias, “*limites esses que a própria lei processual não cuidou de colocar*”.

Sobreveio o voto-vencedor do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual, inclusive, foi o responsável por lavrar o acórdão, tendo sabiamente destacado os dois principais vetores de ponderação, quando se trata de execução de multa judicial (astreinte): *efetividade da tutela prestada* e *vedação ao enriquecimento sem causa* do beneficiário. Abordou que, tanto no momento de *arbitramento* (fixação) quanto no momento de sua *exigibilidade* (consolidação), deverá o magistrado sopesar diversos critérios para eventual alteração do valor ou periodicidade da multa. Sobre a notória (e perigosa) pulverização²⁸ da jurisprudência, em relação aos critérios para limitação da multa diária (astreinte), destacou a divergência de entendimentos entre a 3.^a e 4.^a Turmas, ao comentar que: “*A Terceira Turma, em período mais recente, vem entendendo que a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor das astreintes deve ser deslocada para o momento de sua fixação, em relação ao da obrigação principal, e, caso não se verifique nenhum caráter abusivo, tem-se como irrelevante o valor total da dívida (se ultrapassou ou não o valor da obrigação principal), sob pena de se prestigiar a recalcitrância do devedor. A Quarta Turma, por sua vez, vem adotando o entendimento de que o parâmetro de razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa diária deve ser correspondente ao valor da obrigação principal, notadamente, porque o principal objetivo da medida é o cumprimento do decisum e não o enriquecimento da parte. Nessa linha, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costuma reduzir o valor das astreintes a patamares mais módicos do que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória*”.

Ao prosseguir, o Ministro propôs procedermos com novas reflexões, para que se possam obter parâmetros mínimos para *fixação* do valor, sugerindo, dependendo das circunstâncias do caso concreto, alguns critérios: “*i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado*²⁹; *ii) tempo para cumprimento (prazo ra-*

28 Como observa Pedro Miranda de Oliveira: “O direito da parte não pode ficar a mercê do acaso: se o processo foi distribuído para esta ou aquela vara, para uma ou outra turma do tribunal, ou pior, para determinada turma dos Tribunais Superiores (cuja função, nunca custa lembrar, é pacificar a interpretação das normas legais). Com efeito, pode haver dificuldade para se conceituar *direito*. Mas o fenômeno da *sorte na distribuição*, definitivamente, bem expressa que isto *direito* não é. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 680.

29 O legislador, na previsão expressa no § 4.º, do art. 461, do CPC/73 e 537, caput, do CPC/2015, realçou que o juiz, ao aplicar multa, deve se atentar para que seja **suficiente e compatível com a obrigação** [...]. No entanto, ressalte-se, não significa que deva o arbitramento da multa ser necessariamente coincidente com o valor da obrigação ou ter essa como limite econômico do dever tutelado, sendo apenas um ponto de equilíbrio para regular a efetividade da tutela e a não oneração do devedor além da medida necessária, devendo adequar os meios empregados aos fins adotados [...].

zoável e periodicidade³⁰); iii) *capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor*³¹; iv) *possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss)*³²". Na busca por uma harmonização dos critérios para o equilíbrio da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça em torno do assunto, conclui³³ o Ministro Luis Felipe Salomão

30 Deveras, em relação ao tempo, o juízo deverá levar em conta prazo razoável para o cumprimento da obrigação, dependendo da natureza e da urgência da tutela pretendida, o que acaba refletindo na ponderação do valor. Com efeito, o prazo de incidência não necessita ser apenas diário, podendo ser definido em minuto, hora, semana, quinquena, mês ou, até mesmo, de forma fixa (notadamente, para as violações de natureza instantânea).

31 A capacidade econômica e de resistência do devedor também são importantes critérios, para fins de delimitar o efeito intimidatório da multa, possibilitando que seja apta a agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer determinado comportamento [...]. Nesse passo, merece destaque o comportamento do devedor e o custo/benefício. De fato, deve-se ter em conta, ainda, as vantagens e o benefício econômico que o devedor poderá ter com a inobservância do preceito judicial.

32 Na ponderação do valor da multa, deve-se ter em conta, ainda, o comportamento do magistrado e do credor, em decorrência do princípio da boa-fé processual. É que o magistrado, no tocante à multa, em razão do princípio da cooperação (NCPC, art. 6.º), tem o dever, assim como as partes, de buscar a solução do processo de forma efetiva, justa e em tempo razoável. Assim, é dever do juiz utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes. Deveras, o magistrado, depois de impor a multa (ou até de majorá-la), constatando que o referido apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente [...]. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5.º e 6.º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele também tentar mitigar sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da supressão.

33 As razões de fato consideradas pelo Ministro e referidas no voto-vencedor indicam que: "[...] diante da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, somada aos critérios objetivos acima especificados, tenho que a multa coercitiva tinha como intento principal determinar que o devedor retirasse o gravame existente sobre o veículo da autora e se abstivesse de realizar a sua busca e apreensão, permitindo, assim, que a real proprietária efetivasse a almejada alienação do bem, obstando, ao mesmo tempo, que a financeira realizasse a remoção judicial do automóvel. Nesse passo, penso que a obrigação principal era, em verdade, a liberação incondicional do veículo, permitindo sua transferência e, por conseguinte, é o valor do automóvel, à época R\$ 110.000,00, que deve ser considerado como o valor da obrigação principal, até por ser esse, no fim e ao cabo, o real bem jurídico perseguido pela tutela cominatória (obrigação de liberar o veículo inteiramente pago), tendo a agravante ficado impossibilitada, durante 407 dias, de usufruir livremente de sua propriedade [...] verifica-se, ainda, que o valor inicial das *astreintes* em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia foi condizente e razoável com a obrigação inicial, considerando-se a capacidade econômica e de resistência do devedor, sendo que, mesmo assim, não foi apta a impingir na devedora o cumprimento de seu dever imposto, levando a crer que a opção pelo descumprimento lhe foi mais vantajosa. Por fim, verifica-se que, na espécie, o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao Detran para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva. A credora só veio a pleitear essa medida 407 dias após, no momento em que peticionou cobrando o saldo remanescente (fl. 261, apenso). Assim, levando-se em conta os referidos parâmetros e tentando conciliar o entendimento das Turmas da Segunda Seção do STJ, penso que o valor de R\$ 408.335,96 foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal, aproximadamente R\$ 110.000,00. Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, penso seja

que: “*Ante o exposto, pedindo à máxima vênia à douta Ministra Relatora, dou parcial provimento ao agravo interno para estabelecer o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), a título de multa coercitiva, corrigidos monetariamente desde 19 de abril de 2013*”³⁴.

O julgamento emblemático acima referido já começa a influenciar alguns dos julgados do STJ. Se observarmos o AgInt no REsp 1478193³⁵, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, verifica-se que a multa consolidada em R\$ 68.655,22 (Sessenta e oito mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos) foi reduzida para ínfimos R\$ 5.000,00 (Cinco mil reais), o que, *s.m.j* sequer obedece os parâmetros traçados no AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ. Neste julgado, fundamentou o Ministro Relator “que ficou assentado que é dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes. Em relação ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele também tentar mitigar sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a

razoável reduzir a condenação da multa coercitiva para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da intimação para o cumprimento da obrigação (15/04/2013) e escoado o prazo para tanto (72 horas - 19/04/2013)”.

34 Resultado final - Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo negando provimento ao agravo interno, acompanhando a relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi, no sentido da divergência, por maioria, a Quarta Turma deu parcial provimento ao agravo interno. Vencidos, em parte, a relatora e o Ministro Raul Araújo. Lavrará o acórdão o Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

35 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ORDEM DE RETIRADA DO NOME DO DEVEDOR DE CADASTRO DE INADIMPLENTE.

1. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss) (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016).
2. No caso concreto, observa-se que o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao órgão de proteção ao crédito para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva.
3. Assim, levando-se em consideração a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, a fixação das astreintes em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.
4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1478193/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 01/03/2017)

outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*. (...) Por sua vez, observa-se que o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao órgão de proteção ao crédito para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva”.

Ora, o credor não tem culpa se o magistrado não adotou outras medidas para cumprimento do preceito, critério que deverá ser descartado da análise dos demais casos concretos envolvendo a execução da astreinte, eis que somente traz prejuízo ao credor. Os parâmetros que devem ser considerados são os princípios comportamentais traçados pelo CPC/2015 dever de boa-fé (*duty to mitigate the loss*) e cooperação, tanto do credor, mas, especialmente do devedor da obrigação, eis que, ao desobedecer uma ordem judicial, atinge não só o credor da obrigação, mas especialmente a força e respeito dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário.

Pela análise dos fundamentos ilustrados pelo julgado do STJ, acima observados, evidencia-se o início de um movimento, no sentido de debater seriamente a possibilidade de fixação de critérios objetivos, para uma fundamentação qualificada ao caso concreto do jurisdicionado, envolvendo a execução da multa judicial (astreinte).

3. A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO RETROATIVA DO VALOR E PERIODICIDADE DA MULTA JÁ FIXADA (VENCIDA) - UMA LEITURA SISTEMATIZADA DO § 1.º, DO ART. 537, DO CPC/2015

Ao lavrar o voto-vencedor, o Ministro Luis Felipe Salomão ponderou que: “*Com efeito, penso que o melhor caminho, tal como se encontra a questão na lei de regência, deve levar em conta, a um só tempo, o momento em que a multa é aplicada pelo magistrado e também aquele em que esta se converte em crédito apto a ser exigido. É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por designios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as astreintes se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente*”.

Conforme trecho do voto-vencedor do Ministro da 4.^a Turma do STJ, Luis Felipe Salomão, junto ao AgInt, no AgRg, no Agravo em REsp n.º 738.682-RJ acima reproduzido, verifica-se que, na visão do Ministro, é possível analisar a multa judicial (astreinte), considerando-se tanto o momento de sua *aplicação* (fixação)

quanto o momento em que o crédito está sendo executado (*quantum* consolidado), contudo, ousamos discordar³⁶ de tal critério.

Vejam: tal hipótese era possível na vigência do CPC/73, fulcro no § 6.º do art. 273, sendo pacífica na doutrina e jurisprudência³⁷ a possibilidade do juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa de forma retroativa, caso seja identificado ter se tornado insuficiente ou excessiva a qualquer tempo, inclusive, de ofício. Isto porque “o legislador nada disse acerca do problema crucial relacionado aos limites das astreintes³⁸”, recorda Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Com a vigência do CPC/2015, este entendimento restou alterado³⁹. O § 1.º, do art. 537, do CPC/2015 é claro, ao dispor que: “O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar *o valor ou a periodicidade* da multa *vincenda*⁴⁰ ou excluí-la [...]”, ou seja, o Poder Judiciário está impedido, sob pena de contrariar a letra da lei, após ter sido executado o crédito alcançado pela multa, de retroagir ao momento em que a mesma restou *fixada* para alterar seu valor e/ou sua periodicidade⁴¹. O próprio STJ possui inúmeros julgados (na sua grande maioria,

36 Não é outro o entendimento do professor Guilherme Rizzo Amaral, ao referir que: “A modificação do valor unitário ou da periodicidade da multa não pode se dar retroativamente. Assim, a insuficiência ou excesso do valor unitário da multa vincenda somente pode ser revisado *para o futuro*”. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 661. Em sentido idêntico, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart lecionam que: “A redução, porém, não pode ter efeitos retroativos, atingindo valores que já incidem; só se reduzem objetivamente as multas vincendas. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 583-584.

37 STJ, 4.ª T. REsp n.º 691.785/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 20/10/2010; STJ, 3.ª T., REsp n.º 1.085.633/PR, Rel. Min. Massami Uyeda. DJe de 17/12/2010

38 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Juizados especiais cíveis: aspectos polêmicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 188.

39 Ao analisar o art. 537 do CPC/2015, o professor Eduardo Talamini destaca que: “O CPC/2015 pretende, definitivamente, eliminar qualquer discussão quanto à possibilidade de redução da multa, ao estabelecer, de modo expresse, que a revisão se aplica apenas à multa *vincenda*. TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 17-43, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99293>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

40 Ainda, na vigência do CPC revogado, Alexandre Freitas Câmara já defendia a impossibilidade de revisão da multa *vencida*, ao lecionar que “a diminuição do valor da multa só pode se dar *ex nunc*. Jamais se pode admitir que o juiz perdoasse o devedor da obrigação de pagar uma multa que, legitimamente, venceu. E há um argumento em favor da tese aqui sustentada que, a meu ver, é irrespondível. É que a redução *ex nunc* do valor da multa implica violação a direito adquirido. CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In: ASSIS, A. et al. (Coords.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.565.

41 Vejam um exemplo: em determinado processo, a multa diária havia sido, originalmente, fixada em R\$1.000,00 (mil reais), para incidir pelo período de até 60 (sessenta dias) e, após o ajuizamento da execução, o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, reduz *o valor e/ou a periodicidade* da multa já consolidada, por exemplo, para R\$200,00 (duzentos reais) com limite de incidência de 30 (trinta) dias. Desde a vigência do CPC/2015, restou *vedado* ao Poder Judiciário *retroagir* (para alterar o valor ou a periodicidade) ao momento em que, fixados pelo magistrado o valor, a periodicidade e o tempo razoável para cumprimento da medida, cabendo, contudo, após a execução do valor consolidado, *modular*

de relatoria da Ministra Nancy Andrigui⁴², da 3.^a Turma - inclusive, anteriores à vigência do CPC(2015), defendendo a manutenção dos valores alcançados pela astreinte, quando ausente qualquer demonstração do obrigado de que a medida era impossível de ser cumprida ou que fora cumprida parcialmente, mantendo-se pelo desleixo do devedor.

Diante de tal fato, evidencia-se um pequeno, mas importante equívoco da jurisprudência em relação a este ponto, não sendo mais possível *retroagir* para fins de modificar os critérios apresentados pelo magistrado, no momento de *fixação* da multa (valor, periodicidade e tempo para cumprimento), sendo relevante, entretanto, na reflexão quanto ao crédito consolidado executado, fundamentar qualitativamente a decisão judicial, mediante a exposição de critérios objetivos que levaram a *manter* ou *reduzir* o valor alcançado no caso concreto. Em tais litígios, é direito do jurisdicionado e dever do Poder Judiciário fornecer uma fundamentação analítica, especialmente para justificar corriqueiras razões de decidir, motivadas pelos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*⁴³ e que, ora aderem pela *efetividade* da execução e respeito ao comando judicial (opinando pela manutenção do valor alcançado), ora aderem ao argumento de que há necessidade de redução do valor alcançado, sob a motivação e justificativa de vedar o *enriquecimento sem causa* ou *ilícito*.

Quando se fala em princípio da proporcionalidade, atrela-se à ideia de efetividade do processo, haja vista que esta se considera como via de mão dupla⁴⁴. Após analisarmos a visão da jurisprudência e da doutrina, identifica-se que, mesmo havendo previsão expressa de que, em tese, apenas a multa *vincenda* seria passível de alteração ou revogação de seu valor ou periodicidade, sugerimos nos

o *quantum* alcançado mediante critérios objetivos que, neste ensaio, propomos para fins de reflexão da comunidade jurídica.

42 Informativo 495/STJ, 3.^a Turma, REsp 1.229.335/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 17/04/2012, DJe 27/06/2012; Informativo 490/STJ, 3.^a Turma, REsp 1.192.197/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 07/02/2012, DJe 05/06/2012; Informativo 448/STJ, 3.^a Turma, REsp 1.135.824/MG, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 21.09.2010, DJe 14/03/2011; Informativo 414/STJ, 3.^a Turma, AgRg no REsp 1.026.191/RS, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 03.11.2009, DJe 23/11/2009; Informativo 408/STJ, 3.^a Turma, REsp 1.022.033/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 22/09/2009, DJe 18/11/2009.

43 Em relação à necessidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na análise do *quantum* alcançado pela multa *vencida*, refere-se como exemplo o ocorrido, ainda na vigência do CPC/73, através do julgamento do REsp 1112862/GO, de relatoria do Ministro Humberto Martins, da Primeira Seção do STJ, onde sabiamente expôs que: “A *ratio essendi* da norma é desestimular a inércia injustificada do sujeito passivo em cumprir a determinação do juízo, mas sem que isso se converta em fonte de enriquecimento do autor/exequente. Por isso é que a aplicação das astreintes deve se nortear pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.” (REsp 1112862/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/04/2011. DJe 04/05/2011).

44 LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

itens a seguir critérios objetivos a serem analisados pelos magistrados, tribunais e Cortes Supremas, para fins de *fixação* e posterior *modulação* (manutenção ou redução) do *quantum* alcançado pela multa *vencida*, levando-se em consideração o comportamento das partes (credor e devedor), bem como através da influência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na análise do caso concreto⁴⁵.

Para quase totalidade da jurisprudência, a exigência da multa fica adstrita aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de torná-la compatível com a obrigação - o que discordamos. A nosso ver, o *quantum* alcançado pela astreinte deverá ser razoável e proporcional ao interesse das próprias partes em dar efetividade àquela ordem judicial concedida, fato que poderá ser observado pelo comportamento das partes litigantes (credor e devedor), além de outros critérios⁴⁶ que veremos a seguir.

4. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O MOMENTO DE *FIXAÇÃO* DA MULTA

A observância e a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no instituto das astreintes devem ocorrer em dois momentos processuais distintos. O primeiro deles é aquele em que a multa cominatória é fixada, dispondo o art. 537 do CPC/2015 de alguns critérios objetivos⁴⁷ a serem observados pelo magistrado, no momento de *fixação* da multa, quais sejam: a multa deve ser *suficiente e compatível* com a obrigação, ou seja, *proporcional* à obrigação e que se determine *prazo razoável* para cumprimento do preceito, cujo fundamento poderá dar-se pelas *regras de experiência comum*. Em um segundo momento, onde o crédito total alcançado está sendo executado, deve-se analisar a possibilidade de modulação do *quantum*, considerando-se, entre outros critérios, o comportamento (omissivo ou comissivo) das partes no caso concreto, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 8.º), sistematizados com a relativização do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015.

Pois bem, em relação ao momento em que a astreinte é *fixada* (quando o descumprimento do preceito é hipotético), em que o magistrado reflete sobre o

45 Este foi o nosso entendimento, exposto na obra: “A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial”. PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 288.

46 No direito anglo-saxão, no momento de fixação do valor da multa, a Corte considera alguns critérios, sendo: a) as consequências e efeitos da violação; b) a frequência da violação (identifica-se a quantidade de vezes em que houve o descumprimento); c) a capacidade econômica do obrigado, a fim de que este se sinta pressionado pela incidência da multa; e d) a necessidade do autor, no atendimento da ordem emitida pela Corte. DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001, p. 224.

47 Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart, para o qual “faz-se necessário observar critérios objetivos e claros para a definição do montante a ser imposto como multa, no intuito de permitir retirar do mecanismo a maior utilidade e efetividade possível”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194.

caso concreto para fixar a multa cominatória, sugerem-se, como forma de fundamentação do valor fixado (que deverá ser suficiente e compatível com a obrigação), os seguintes critérios: (a) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado, o qual será mensurado através da análise da gravidade e extensão do dano que se busca coibir com a astreinte⁴⁸ (por exemplo, a multa a ser fixada em ação, em que a parte postula pedido de antecipação de tutela, para realização de cirurgia com urgência contra plano de saúde, deve ser alta suficiente para coagir ao cumprimento, uma vez que o descumprimento da medida concedida pode ocasionar a morte do autor; ou seja, deve ser analisado o possível dano em caso de descumprimento); (b) capacidade financeira do obrigado⁴⁹ e a possibilidade de suportar (ou não) a pena pecuniária.⁵⁰ Já em relação aos critérios para que se possa fixar um prazo⁵¹ (razoável) para cumprimento da medida, deverá o magistrado considerar (c) a complexidade⁵² (possíveis dificuldades para o atendimento do preceito), atra-

48 Em sentido contrário, Sérgio Cruz Arenhart refere que: “Considerando que a *astreinte* não se confunde com a reparação do dano, é óbvio que na sua fixação, o elemento “dano” não pode ter nenhuma importância (senão, imediatamente, como critério para avaliação da gravidade do fato). Aliás, se a função da multa pecuniária é exatamente impedir a ocorrência do dano, seria paradoxal tomar a extensão do dano como elemento para definir o montante da pena”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 195.

49 Neste sentido, é o entendimento do professor Darci Guimarães Ribeiro, ao afirmar ser a astreinte “uma multa pecuniária, cumulativa, infinita e *proporcional ao patrimônio do devedor*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 194. Da mesma forma: MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreinte) na tutela específica**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 184; PASSOS, José Joaquim Calmo de. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 62; e FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 485.

50 ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 195.

51 O STJ já se manifestou no sentido de que, não tendo sido fixado prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, não cabe a incidência da multa cominatória, uma vez que está ausente o seu requisito intrínseco temporal. Recurso Especial. Processual Civil. Art. 535 do Código de Processo Civil. Súmula n.º 284/STF. Execução de Astreintes. Prazo razoável para cumprimento voluntário. Art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil. Requisito temporal intrínseco. 1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula n.º 284/STF. 2. De acordo com o art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil, o juiz poderá, em medida liminar ou na própria 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. 3. A fixação de prazo para cumprimento da obrigação é requisito intrínseco para incidência da multa cominatória. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial provido. (REsp 1455663/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 25/08/2014). Ver também: AgRg no Ag 1323400/DF, Rel. Ministro LUIS Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 05/11/2012).

52 No mesmo sentido ao que defendemos, Fernando Fonseca Gajardoni refere que o prazo razoável para cumprimento deve considerar a natureza da obrigação, da condição das partes em aguardar e cumprir a prestação e do direito material em debate. GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 841.

vés das *regras de experiência comum*⁵³ (art. 375, do CPC/2015),⁵⁴ sabendo-se que o prazo razoável para baixa do registro negativo dos órgãos restritivos de crédito é diverso do prazo razoável para uma internação ou realização de cirurgia, que também é diverso de outra situação envolvendo a remoção de materiais tóxicos de determinado terreno, que é diverso ao prazo razoável para retirada do ar de determinado anúncio publicitário considerado ofensivo, etc.⁵⁵

No cotidiano forense, constata-se que, sendo a imposição de multa judicial (astreinte) estipulada em valor expressivo ou insuficiente, é dever da parte interessada recorrer de tal decisão, a fim de que a mesma seja fixada dentro do que reza o *caput* do art. 537 do CPC/2015, ou seja, em valor *suficiente e compatível* com a obrigação, e que seja concedido *prazo razoável* para cumprimento do preceito. De qualquer forma, não tendo sido interposto o recurso cabível para que tal multa fosse readequada, o Poder Judiciário somente poderá ponderar (mediante critérios objetivos) acerca da possível modulação do valor alcançado, após ter sido instaurado o cumprimento de sentença (em que o crédito total já está consolidado), sendo vedado *retroagir*, para fins de alterar a periodicidade e/ou valor da multa originalmente arbitrada.

53 Ao qualificar como “esdrúxulas” as regras de experiência (art. 375 do CPC/2015) à previsão de razoabilidade e proporcionalidade no artigo 8.º do CPC/2015, o professor Lenio Luiz Streck questiona: “Como se mede a proporcionalidade? Existe um razoávelômetro para medir a extensão do razoável? [...] o juiz usará regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Como aferir isso? Em um país de estamentos, nepotismos e falcatruas, podemos elencar uma porção de coisas que podemos observar e que “ordinariamente acontecem”. Não acham? [...] “Regras de experiência”, efetivamente, é um conceito vazio de conteúdo. Sofre de anemia significativa. Pálido. Esquálido. O que é isto - regras de experiência?”. Concordamos parcialmente com o professor Lenio Streck e explicamos: a nosso ver, a utilização das *regras de experiência comum* do magistrado pode ser utilizada de forma excepcional (jamais como regra), sendo aplicável como fundamento, para que seja fixado *prazo razoável* para atendimento de determinado preceito, uma vez que com a sua experiência (pela análise de outros casos análogos àquele que está *sub judice*) o magistrado já terá uma noção muito próxima de qual seria o prazo necessário para que a medida seja obedecida. Sugerimos a leitura na integralidade da coluna do professor Lenio Luiz Streck, cujo título é: “O NCPC e as esdrúxulas ‘regras de experiência’: verdades ontológicas?”. STRECK, Lenio Luiz. O NCPC e as esdrúxulas “regras de experiência”: verdades ontológicas? *Consultor Jurídico*, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

54 Art. 375 - O juiz aplicará *as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece* e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. Faz-se oportuno referir o Enunciado 517 do FPPC- Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “A decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada”.

55 Este foram os critérios para o momento de *fixação* da multa, que sugerimos na obra: “A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial”. PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 318-319.

5. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ANÁLISE E *MODULAÇÃO* DO VALOR CONSOLIDADO

Na prática judiciária, quase a totalidade dos casos reais de nosso cotidiano forense, envolvendo a inobservância de ordens judiciais, utiliza-se do fundamento de que a parte prejudicada pelo descumprimento não pode enriquecer *sem causa* (reduzindo, muitas vezes, de forma drástica o *quantum* alcançado). Outrora, entende por manter substancialmente alto o valor alcançado, sob o argumento da *efetividade* do processo e respeito ao preceito judicial.

É dever do Poder Judiciário, como um todo (juiz, desembargadores e ministros), fundamentar de forma clara e objetiva suas decisões, a partir de uma análise minuciosa do caso concreto (numa visão sistematizada do instituto da astreinte e da visão dos princípios comportamentais da efetividade⁵⁶, boa-fé⁵⁷ e cooperação⁵⁸ do CPC/2015).

Em relação a este segundo momento, em que a multa já está *vencida* e consolidada, sugerem-se os seguintes critérios para análise da modulação do *quantum* alcançado pela multa: a) dever de mitigação do prejuízo pelo credor - *duty to mitigate the loss* (devendo ser considerada a quantidade de manifestações por ele elaboradas, na tentativa de solucionar o problema, dando ciência acerca do descumprimento da medida ao magistrado - que poderá majorar o valor da multa ou solucionar o problema, mediante alguma medida que garanta o resultado prático equivalente); b) capacidade de resistência do devedor (desídia⁵⁹), consubstanciada no tempo transcorrido entre a primeira intimação para atendimento da ordem judicial e a data em que, efetivamente, restou atendida (se é que restou atendida - o que também deverá ser levado em consideração), além da quantidade de vezes em que a parte devedora restou intimada a atender a obrigação judicial e deixou de cumpri-la; c) capacidade econômica do devedor da obrigação; d) o benefício

56 Art. 4.º - As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

57 Art. 5.º - Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

58 Art. 6.º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

59 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ. ASTREINTES. MULTA FIXADA EM PARÂMETROS RAZOÁVEIS. QUANTIA ELEVADA DAS ASTREINTES POR DESÍDIA DO DEVEDOR. REDUÇÃO DA QUANTIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A redução de valor de multa cominatória não é adequada quando alcança patamar elevado a partir da desídia do devedor em cumprir a obrigação fixada pelo Judiciário.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 993.052/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)

do devedor da obrigação com o descumprimento da ordem judicial; e) se houve cumprimento parcial superveniente da obrigação; e f) se a obrigação deixou de ser cumprida, por se tratar de medida impossível de ser atendida (justa causa - que deverá ser adequadamente comprovada). Consideramos que toda decisão judicial que analisar o caso concreto, ponderando as situações anteriormente citadas, terá fundamentado, de forma analítica e qualificada (art. 489, § 1.º, do CPC/2015), a manutenção ou redução do valor total alcançado pelas astreintes⁶⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, na vigência do § 6.º, do art. 461, do CPC/73, toda decisão envolvendo a multa judicial (astreinte) possuía eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar seu valor ou periodicidade, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Tal entendimento restou modificado por completo com a vigência do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015, que outorgou, exclusivamente, eficácia *ex nunc* (não retroativa) a tais decisões.

Em tese, a multa consolidada seria imutável, contudo, de forma uníssona, a jurisprudência mantém o entendimento de que o *quantum* alcançado pode ser modificado, razão pela qual seria possível relativizar o § 1.º, do art. 537, do CPC/2015. Diante disso, evidencia-se que, após a instauração do cumprimento de sentença (com o crédito já consolidado), parte da jurisprudência admite ser possível modular o *quantum* alcançado, *retroagindo* ao momento em que a multa restou *fixada* e alterando seu valor e/ou periodicidade, ou seja, admite os efeitos *ex tunc* (retroativos) da decisão, o que viola e contraria o sentido literal do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015. Em contrapartida, parte da jurisprudência, cuja corrente nos filiamos, entende pela possibilidade de modular (mantendo ou reduzindo) o crédito total alcançado pela astreinte, *sem retroagir* para fins de alterar os critérios de valor ou periodicidade *vencidos*, mas somente após a execução do crédito consolidado e mediante a ponderação da in(observância) de critérios (fáticos e jurídicos) objetivos, neste ensaio, sugeridos em diálogo com a jurisprudência recente do STJ.

Por meio do estudo da boa-fé objetiva, da mitigação do dano pelo credor, da cooperação ou colaboração no processo civil e sua aplicação no instituto das astreintes, buscou-se demonstrar que estes princípios processuais, acrescidos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estão aptos a *exigir* dos sujeitos que dele participam um comportamento *qualificado*, convergente com seus

60 Estes foram os parâmetros para fins de análise da possibilidade de *modulação* do *quantum* alcançado, que sugerimos na obra: “A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial”. PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323-324.

principais escopos, existindo elementos suficientes para que, na análise do caso concreto, o Poder Judiciário possa fundamentar (seja ao *fixar*, seja ao *modular* o *quantum* alcançado pela astreinte) suas decisões de forma qualificada.

Numa análise comparativa entre os critérios sugeridos pela doutrina, em relação àqueles adotados na decisão proferida pela 4.^a Turma do STJ junto ao AgInt, no AgRg, no Agravo em REsp n.º 738.682-RJ, verifica-se uma sintonia de nossa reflexão em relação a alguns parâmetros adotados pela 4.^a Turma do STJ, divergindo apenas acerca do *momento processual* em que deverão ser aplicados tais critérios.

Por não identificar que a multa há de ser analisada em dois momentos distintos (quando *fixada* e quando *executada*), a nosso ver, equivocou-se a 4.^a Turma do STJ, ao adotar como parâmetros para *modulação* do valor alcançado pela multa: a) o valor da obrigação principal; b) importância do bem jurídico tutelado; e c) tempo para cumprimento da medida, critérios estes que somente podem ser considerados para o momento de *fixação* da multa.

A nosso ver, no momento em que a multa é *fixada*, há de se considerar os seguintes critérios: a) o valor da obrigação principal (o termo compatível com a obrigação referido no *caput* do art. 537, do CPC/2015, refere-se ao momento de *aplicação* da medida); b) importância do bem jurídico tutelado (o termo *suficiente* referido no *caput* do art. 537, do CPC/2015, refere-se ao momento de *aplicação* da medida); c) capacidade econômica do devedor; d) tempo razoável para cumprimento da medida (com base nas regras da experiência comum).

Já no segundo momento, em que o crédito consolidado está sendo executado (a nosso ver o momento processual correto para haver reflexão sobre o *quantum* alcançado), verifica-se uma identificação de nossa reflexão em relação aos seguintes parâmetros, também adotados pela 4.^a Turma do STJ: a) dever do credor em mitigar seu próprio prejuízo - *duty to mitigate the loss* (analisar o comportamento do credor, mediante identificação de conduta omissiva ou comissiva junto ao processo); b) capacidade econômica do devedor; c) capacidade de resistência do devedor (leia-se: a quantidade de intimações descumpridas pelo devedor da obrigação; o tempo transcorrido entre a primeira intimação do devedor e a data em que a medida restou atendida). Além de tais critérios, sugerimos: d) benefício do devedor com o descumprimento da obrigação; e) se houve cumprimento parcial superveniente da obrigação; ou f) no caso da obrigação ter se tornado impossível de ser cumprida (justa causa para o descumprimento - inciso II, do art. 537, do CPC/2015).

Por fim, na visão da 4.^a Turma do STJ, há outro critério a ser levado em consideração para modulação do valor: o comportamento do magistrado e a possi-

bilidade de adoção de outros meios para alcançar o resultado prático equivalente. Contudo, discordamos de tal critério, eis que o credor não tem culpa se o magistrado deixou de adotar (provocado ou não) outras medidas para atendimento do preceito, critério que deverá ser descartado da análise dos demais casos concretos envolvendo a execução da astreinte, eis que somente traz prejuízo ao credor. Os parâmetros que devem ser considerados são os princípios comportamentais traçados pelo CPC/2015 dever de boa-fé (*duty to mitigate the loss*) e cooperação, tanto do credor, mas, especialmente do devedor da obrigação, eis que, ao desobedecer uma ordem judicial, atinge não só o credor da obrigação, mas especialmente a força e respeito dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário.

Esperamos ter contribuído com a jurisprudência, no sentido de provocar reflexões acerca do *momento processual* adequado para modulação do *quantum* alcançado, mediante aplicação de critérios objetivos para uma fundamentação analítica, qualificando o processo e minimizando a *crise do caso concreto*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In: ASSIS, A. et al. (Coords.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Ensaio e artigos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. O magistrado como protagonista do processo judicial? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Fórum, v. 24, p. 14, jan./mar. 2009.

_____. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. 2015. Disponível em: <http://portal-processual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Juizados especiais cíveis**: aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreinte) na tutela específica**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 22, pp. 45-46.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O NCPC e as esdrúxulas “regras de experiência”: verdades ontológicas? **Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

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

_____. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 17-43, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99293>>. Acesso em: 22

jan. 2017.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **RePro 32/238**, São Paulo, set. 2007.

_____. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 381.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.