

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
NAYARA ELIAS DE SÁ E SOUZA

**A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO NORMA FUNDAMENTAL: ANÁLISE DA
POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA *DUTY TO MITIGATE THE
LOSS* COMO PARÂMETRO DE MODULAÇÃO DAS *ASTREINTES***

Juiz de Fora
2017

NAYARA ELIAS DE SÁ E SOUZA

**A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO NORMA FUNDAMENTAL: análise da
possibilidade da aplicação da teoria *duty to mitigate the loss* como parâmetro de
modulação das *astreintes***

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

NAYARA ELIAS DE SÁ E SOUZA

A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO NORMA FUNDAMENTAL: análise da possibilidade da aplicação da teoria *duty to mitigate the loss* como parâmetro de modulação das *astreintes*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria (Orientador)

Prof. Ms. Karol Araújo Durço

Profa. Natália Cristina Castro Santos

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora,

de

de 2017

AGRADECIMENTOS

Mais um ciclo se encerra e não posso deixar de agradecer àqueles que foram essenciais em minha jornada.

Primeiramente, agradeço a Deus por colocar em meu caminho pessoas especiais, que me envolveram de amor, e pela força nos momentos difíceis.

Aos meus familiares, minha eterna gratidão, em especial aos meus amados pais, Cristina e Rufino, pelo amor e apoio incondicionais e por tornarem possível a realização desse sonho. Aos meus queridos avós, Gladys e Ivan, por terem sido meu alicerce e sempre acreditarem na minha capacidade, me fazendo persistir sempre.

À minha tia, Ruth, por todo carinho, dedicação e suporte proporcionados durante toda minha jornada. Um agradecimento especial, à minha tia Gladys, pessoa fundamental para a conclusão dessa etapa, por sua imensa ajuda nas revisões desta monografia e, sobretudo, por me fazer acreditar no meu potencial.

Agradeço, carinhosamente, ao professor e orientador, Márcio Carvalho Faria, pelas orientações e indicações de leitura, indispensáveis para a execução deste trabalho.

Aos meus amigos, que sempre me acompanharam, por me escutarem e torcerem por minha vitória.

Aos colegas da AJ/SARH e TJMG, por compartilharem o conhecimento, fazendo com que me encantasse ainda mais pela profissão que decidi seguir. E a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para minha caminhada. Meu muito obrigada!

RESUMO

O estudo dos reflexos da boa-fé objetiva na seara processual, como norma fundamental de processo, é de extrema importância, pois incide como parâmetro ético em todo o diploma processual civil. Nesse aspecto, a fixação das *astreintes*, para a efetivação da tutela específica, como medida coercitiva, tem como objetivo convencer o devedor a cumprir o comando judicial, sob a pena de constrição patrimonial. Na hipótese da multa atingir valor excessivo, em que se autoriza sua redução, caberá ao magistrado verificar o comportamento exercido pelo credor, que deverá se coadunar com os deveres de cooperação e lealdade, atuando de forma a mitigar seus prejuízos advindos pelo inadimplemento do devedor.

Palavras chave: Boa-fé processual. Tutela específica. *Astreinte*. Dever de mitigar as próprias perdas.

ABSTRACT

The study of the impact of the objective good-faith in law procedures, as a fundamental norm of procedure, is of utmost importance because it falls upon as a parameter of ethics throughout the diploma of civil procedures. In this aspect, the fixing of astreintes, for the realization of specific tutelages, as a coercive measure aims to convince the debtor to fulfill the judicial control under the penalty of patrimonial constriction. If an astreinte has reached excessive value, when its reduction is conceded, it is up to the judge to verify the behavior exercised by the creditor, which must be consistent with the duties of cooperation and loyalty, acting in such a way to mitigate losses caused by non-performance of the debtor.

Keywords: Processual good faith. Specific tutelage. Astreinte. Duty to mitigate the loss.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. REFLEXOS DA BOA-FÉ PROCESSUAL	11
1.1. Aspectos do instituto jurídico da boa-fé.....	11
1.2. Funções da boa-fé objetiva.....	13
1.2.1. Função hermenêutica da boa-fé objetiva	13
1.2.2. Função integrativa da boa-fé objetiva	13
1.2.3. Função restritiva da boa-fé objetiva	15
1.3. A expansão da boa-fé na seara processual	19
1.3.1. A inserção da boa-fé no direito processual civil e seus fundamentos constitucionais	19
1.3.2. A boa-fé processual como norma fundamental	21
1.3.3. O modelo cooperativo de processo.....	23
2. A EXECUÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA	25
2.1. Tutela jurisdicional executiva	25
2.2. Peculiaridade da execução da tutela específica.....	26
2.2.1. Da tutela específica.....	26
2.2.2. Das técnicas processuais referentes à execução da tutela específica.....	29
2.3. Da fixação das <i>astreintes</i> como medida de apoio à execução da tutela específica	31
3. DA MODULAÇÃO DO VALOR DAS <i>ASTREINTES</i>	35
3.1. A possibilidade de redução do montante das <i>astreintes</i> pela prerrogativa do § 1º art. 537	35
3.2. Teoria <i>duty to mitigate the loss</i>	37
3.3. Modulação do valor das <i>astreintes</i> pelo fundamento da teoria do <i>duty do mitigate the loss</i>	41
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se à análise das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário, no que tange à execução de tutelas específicas, especialmente ao que se refere à escolha da *astreinte*¹ como meio executivo a viabilizar a tutela jurisdicional². Para tanto, parte-se da premissa de que o nosso sistema processual adotou a boa-fé objetiva como norma fundamental a guiar o comportamento a ser desenvolvido pelas partes do processo (art. 5º, CPC/15).

Tal discussão torna-se imprescindível, uma vez que a satisfação do exequente não ocorre através de meios expropriatórios, já que depende do desenvolvimento de uma atividade pelo executado. Sendo assim, o juízo enfrenta o constante desafio de fixar a medida de apoio idônea à efetivação da tutela específica.

Nesse sentido, o §1º do art. 536 do CPC/15 apresenta o rol exemplificativo de medidas de apoio a serem utilizadas pelo juiz a fim de incutir no executado a vontade de cumprir o mandamento judicial.

Dentre as medidas de apoio elencadas no artigo supracitado, encontram-se a imposição de multa coercitiva, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Sobreleva ressaltar que tais medidas possuem caráter acessório, privilegiando o princípio da especificidade, visando à consecução do principal, que é a tutela específica.

Na *práxis* jurídica é recorrente a imposição da *astreinte*, objetivando criar no executado a vontade de adimplir a obrigação contida no título executivo³. Entretanto, observa-se que nem sempre essa opção é adequada e suficiente a impulsionar o comportamento esperado do executado.

¹ “O art. 537 trata da disciplina da multa, seja ela periódica ou fixa, também conhecida como *astreinte*, dada sua origem no Direito francês. Trata-se de técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que cumpra mandamento judicial, sendo a pressão exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa, fixa ou periódica, a incidir em caso de descumprimento”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. Art. 537, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno [coord.]. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1404).

² Fredie Didier Jr. *et al* se referem à tutela jurisdicional: “(...) como o resultado jurídico-substancial almejado, a atuação do direito material com a entrega do bem da vida em si (tutela como sinônimo de resultado ou tutela jurisdicional em sentido estrito)”. (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. v.5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 556).

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Volume 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 721-722.

Dessa forma, com o decorrer do tempo, o valor da multa coercitiva atinge patamares elevados, fato que pode tornar o exequente mais interessado em proceder à execução da *astreinte* do que perseguir a satisfação da obrigação principal. Tal cenário configura-se como uma subversão, uma vez que o acessório tornou-se mais importante do que o principal.

O presente estudo partirá da premissa de que o credor da multa coercitiva deverá diligenciar para a fiel execução daquilo que foi determinado judicialmente, e não quedar inerte para que, com o passar do tempo, possa receber quantia vultosa a título de multa.

Nesse seguimento, o CPC/15 preleciona em seu art. 537 §1º a possibilidade do juiz, de ofício, modificar o valor, a periodicidade da multa ou até mesmo excluí-la, caso verifique que a mesma tornou-se insuficiente ou excessiva, a fim de assegurar a efetividade da decisão judicial⁴.

Dessa maneira, tem-se como objetivo específico deste trabalho o questionamento sobre a viabilidade da aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss*, considerando que os artigos 5º e 6º do CPC/15 estipulam que todos os participantes do processo devem agir de acordo com os parâmetros da boa-fé objetiva, cooperando entre si para que se obtenha o resultado útil do processo.

A teoria do *duty to mitigate the loss* expressa que as partes devem atuar de forma a tomar todas as medidas necessárias e possíveis a fim de evitar que o dano seja agravado. Assim, não seria autorizado que o exequente permanecesse deliberadamente inerte diante do não cumprimento da obrigação, pois sua conduta importaria gravame desnecessário e evitável ao patrimônio do executado, infringindo os deveres acessórios de cooperação e lealdade impostos pela normativa da boa-fé processual.

O estudo em questão utiliza-se do método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, explorando livros, artigos e julgados.

Sendo o marco teórico desta monografia os desdobramentos da boa-fé objetiva, em especial a repercussão da teoria do *duty to mitigate the loss* no processo civil, busca-se demonstrar que o exequente apresenta o dever de mitigar seus próprios prejuízos, devendo guiar a sua conduta de acordo com os padrões estabelecidos pela boa-fé processual.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Volume 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum...*, ob. cit., p. 721-722.

Ao ser evidenciado que o comportamento, deliberadamente inerte, do exequente configura na violação dos preceitos instituídos nos artigos 5º e 6º do CPC/15, propõe-se uma possível redução do valor da multa coercitiva, tendo em vista os poderes conferidos pelo §1º do art. 537 do CPC/15.

Para que os objetivos elencados sejam alcançados, em um primeiro instante será realizada uma análise dos fundamentos e desdobramentos do instituto da boa-fé objetiva, assim como sua incorporação na seara processual, culminando na adoção do modelo cooperativo de processo. Nesse ponto, examinar-se-á se a boa-fé impõe deveres de cooperação e lealdade ao sujeito ativo da relação jurídica, a fim de que colabore para a satisfação do interesse que o levou a acionar o Judiciário.

Em seguida se debaterá sobre as peculiaridades da execução das tutelas específicas, sob a ótica dos princípios que norteiam o procedimento executivo, tendo como enfoque principal a finalidade da fixação das *astreintes* como medida de apoio.

Por último será demonstrado que a conduta do exequente em permanecer inerte, ao longo do tempo, visando à execução das *astreintes*, viola os preceitos de cooperação estabelecidos pela normativa da boa-fé processual. Por conseguinte, analisar-se-á a possibilidade de se aplicar da teoria do *duty to mitigate the loss* como fundamento para a limitação do valor das *astreintes*.

1. REFLEXOS DA BOA-FÉ PROCESSUAL

1.1. Aspectos do instituto jurídico da boa-fé

Antes de tudo, passar-se-á à análise do instituto jurídico da boa-fé, principalmente em sua acepção objetiva, como cláusula geral⁵ que oferece critérios a guiar as condutas dos sujeitos nas relações jurídicas.

Sobreleva ressaltar que não é objetivo deste trabalho esgotar o conteúdo da boa-fé, o que seria tarefa difícil, devido à vastidão da aplicação de tal instituto em nosso ordenamento jurídico e sua diversidade de significados⁶.

Destacado isso, voltar-se-á à análise da boa-fé através de sua perspectiva funcional e seus importantes reflexos, principalmente no campo de aplicação do direito processual civil, buscando apoio nas construções doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

Torna-se primordial o estudo da boa-fé, considerando a efetiva possibilidade de utilizar deste instituto, a fim de proporcionar soluções a problemáticas concretas da *práxis* forense⁷.

Porém, a disseminação do instituto da boa-fé em nosso ordenamento, além dos liames do direito privado, ocorreu, como forma de inserir em nossa ordem jurídica, um conteúdo ético de padrões de conduta adequados a serem observados pelas partes nas relações jurídicas⁸.

Não obstante a diversidade de significados, o instituto da boa-fé pode ser examinado a partir de duas vertentes distintas: subjetiva e objetiva.

A boa-fé, em seu viés subjetivo, encontra-se vinculada ao plano psicológico do agente, que acredita estar agindo licitamente⁹ por crer ser titular de um direito que existe apenas aparentemente¹⁰, sem adentrar em esfera jurídica de outrem¹¹.

⁵ Fredie Didier Jr. *et al* desenvolveram a seguinte definição de cláusula geral: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. v. 5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52).

⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes de. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2001, p. 23.

⁷ *Idem*, p.18.

⁸ PEREIRA, Queiroz Fábio. *O Direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva*. Londrina: Revista Scientia Iuris, n. 2, 2013, p.10.

⁹ STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação: da violação positiva do contrato*. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19178/Versao%20Final%20Renata%20Steiner.pdf?sequence=1>. acesso em 12 fev. 2017 às 23:10, p. 39.

Por outro lado, a boa-fé, em sua acepção objetiva, serve de suporte axiológico, uma vez que fornece “uma ponderação ética a ser concretizada em determinado meio social¹²”.

Nessa sequência, a boa-fé objetiva expressada por Chaves e Rosenthal¹³ é definida como:

um modelo ético de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

No entanto, conclui-se que a boa-fé objetiva pode ser fragmentada em um prisma positivo, compreendido como um mandamento de conduta leal e confiável e sob o ponto de vista negativo, consubstancia uma regra de proibição de condutas contrárias aos padrões estabelecidos pela boa-fé¹⁴.

Torna-se imprescindível, para a compreensão deste trabalho, partir da seguinte premissa construída por Judith Martins-Costa de que a boa-fé objetiva se apresenta como um “modelo ou instituto jurídico do qual descendem outros institutos e figuras parciais de sua manifestação¹⁵”.

A autora destaca, ainda, que o instituto da boa-fé é utilizado de modo multifacetado na ordem jurídica, possuindo diversos significados, podendo ser interpretado como¹⁶:

(...) conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva como *standard* jurídico (boa-fé como norma de conduta devida) e como regra de comportamento, ora acepção subjetiva (boa-fé como crença ou estado de ignorância).

Apesar da pluralidade de significados do instituto da boa-fé, o presente estudo baseia-se na acepção da boa-fé objetiva como *standard* jurídico, em que seu conteúdo ético se porta como um guia de conduta para as partes das relações jurídicas.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

¹¹ *Idem*, p. 39.

¹² PEREIRA, Queiroz Fábio. *O Direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva...*, ob. cit., p. 12.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações...*, ob. cit., p. 132.

¹⁴ STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação...*, ob. cit., p. 40.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 8.

¹⁶ *Idem*, p. 39.

1.2. Funções da boa-fé objetiva

Conforme ressaltado anteriormente, a importância do estudo da boa-fé objetiva remonta-se aos reflexos de suas funções nas relações jurídicas, exercendo tripla função no ordenamento jurídico, como: instrumento apto a guiar a interpretação dos negócios jurídicos; fonte de deveres laterais não vinculados a vontade das partes; e baliza ao modo de exercício de posições jurídicas.

1.2.1. Função hermenêutica da boa-fé objetiva

A função interpretativa da boa-fé encontra previsão normativa no art. 113 do Código Civil de 2002, que preleciona: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nesta oportunidade, a boa-fé objetiva é utilizada como cânone interpretativo. Na hipótese de que existem mais de uma interpretação possível, deve-se privilegiar àquela consentânea com padrões de conduta determinados pelo instituto jurídico, em face de proteger a confiança depositada pelas partes, no que tange a exigência de atuação segundo a boa-fé¹⁷.

1.2.2. Função integrativa da boa-fé objetiva

Esta função prescreve deveres laterais que visam a proteger as expectativas legítimas da parte, que espera que a contraparte comporte-se de acordo com as exigências da boa-fé. Logo, as partes são obrigadas a conformar seus comportamentos ao *standard* ético-jurídico da boa-fé, observando os deveres de conduta remanescentes da função integrativa.

Para uma melhor compreensão da função da boa-fé, como fonte de deveres, torna-se importante realizar uma breve distinção entre os conceitos de obrigação, dever jurídico e ônus.

O instituto da boa-fé objetiva foi o principal responsável por revisar o conceito tradicional de obrigação, entendido como uma relação de sujeição¹⁸, em que o

¹⁷ PEREIRA, Queiroz Fábio. *O Direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva...*, ob. cit., p. 14.

¹⁸ STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação...*, ob. cit., p. 28.

credor só possuía direito e o devedor somente deveres, como se este fosse o único responsável pelo adimplemento da obrigação¹⁹.

Como consequência do impacto da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, a obrigação assume caráter dinâmico, apresentando-se como relação de cooperação, em que ambas as partes apresentam deveres direcionados ao adimplemento da prestação pactuada²⁰.

Nesta acepção, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves definem a obrigação, em *stricto sensu*, como sendo uma espécie de dever jurídico que incide sobre determinadas pessoas, em decorrência de uma relação jurídica de cooperação consubstanciada em uma prestação de conteúdo de dar, fazer ou não fazer²¹.

No que tange ao conceito de dever jurídico, referidos autores caracterizam-no como sendo uma situação que importa, necessariamente, na observância de um determinado comportamento, em razão de imposição de uma norma jurídica. O dever jurídico caracteriza-se como sendo uma imposição, um dever genérico que recai sobre toda a coletividade²².

Já o conceito de ônus jurídico torna-se diferente das demais categorias, não correspondendo a uma situação jurídica ativa. Ou seja, a parte pode adotar uma conduta não pela imposição de uma norma, mas sim porque auferir vantagem ou evita uma desvantagem. Distintamente das categorias definidas acima, a não observância de um ônus jurídico não importa em sanção para a parte que o apresentava²³.

Após a distinção das referidas categorias jurídicas, perpassar-se-á ao exame da função da boa-fé como fonte de dever de conduta, devendo este ser observado independentemente da vontade das partes.

A função integrativa da boa-fé encontra previsão na legislação no art. 422 do Código Civil de 2002, que determina que as partes contratantes guardem, entre si, o princípio da boa-fé na conclusão e execução do contrato. À vista disso, cabe à doutrina descrever os deveres de condutas, os quais devem ser observados pelas partes, sob a égide da boa-fé objetiva.

¹⁹ STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação...*, ob. cit., p. 39.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações...*, ob. cit., p.12-13.

²¹ *Idem*, p. 86.

²² *Idem*, p. 86.

²³ *Idem*, p.86.

Assim, como destaca Renata Steiner, a enumeração dos deveres laterais encontra-se ligada, indissociavelmente, às peculiaridades do caso concreto²⁴.

Isto posto, os deveres de conduta correspondem a uma exigência de atuação das partes em conformar seus comportamentos ao *standard* ético erigido pelo instituto da boa-fé objetiva²⁵.

Os deveres de conduta são, tradicionalmente, divididos em deveres de informação, proteção e lealdade.

Os deveres de informação encontram-se relacionados à necessidade de esclarecer, à contraparte, todos os elementos determinantes da tomada de decisão da contratação, tais como os aspectos, riscos e efeitos que possam advir do vínculo jurídico²⁶.

Os deveres de proteção, por sua vez, têm a finalidade de proteger a integridade pessoal e patrimonial da contraparte da relação jurídica²⁷.

Sobreleva destacar que, dentre os deveres de conduta o que repercute, diretamente, no objeto deste trabalho é o dever de lealdade. No que tange à definição desse dever, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves traduzem-no como um mandamento de cooperação²⁸.

Segundo Renata Steiner, o dever de lealdade apresenta caráter positivo e negativo.

Em sua acepção positiva, o dever de lealdade pode ser compreendido como uma atuação de ambas as partes colaborando para o adimplemento da prestação pactuada. Já em seu prisma negativo se consubstancia na abstenção de comportamentos que obstaculizem a consecução do objeto do negócio, sendo eles comissivos ou omissivos²⁹.

1.2.3. Função restritiva da boa-fé objetiva

A função da boa-fé como baliza ao modo do exercício de posições jurídicas tem por fim a proteção da confiança e da expectativa legítima. Isto posto,

²⁴ STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação...*, ob. cit., p. 28.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações...*, ob. cit., p. 117.

²⁶ *Idem*, p. 84-89.

²⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 92-93.

²⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 120.

²⁹ STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação...*, ob. cit., p. 88.

encontra-se ligada ao conceito de ato ilícito, previsto no art. 187 do Código Civil de 2002.

Rafael Caselli destaca que a função da boa-fé, como controle do exercício de um direito, tem a finalidade de fornecer um parâmetro de conduta lícita diante da prática de um comportamento abusivo, almejando, assim, coibir o abuso do direito, configurado como exercício inadmissível de uma posição jurídica³⁰.

Ao comentar o disposto no art. 187 do Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa leciona que o enunciado normativo estipula critérios para o exercício jurídico de liberdades e direitos coexistentes³¹, devendo as partes atuar a fim de respeitar as posições jurídicas da contraparte.

O referido dispositivo legal preceitua que, comete ato ilícito, e, logo, atentatório ao Direito, àquele que ao exercer um direito, posição jurídica ativa, excede os limites impostos pela boa-fé objetiva, consolidando seu comportamento como frustração da expectativa legitimamente criada³².

De acordo com os ensinamentos de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, o ato ilícito, fundado no abuso do direito, deve ser apurado de forma objetiva, na medida em que se define como contrariedade à norma, dispensando a demonstração do elemento intencional, não necessitando provar que o sujeito ativo atua com o intuito de causar prejuízo à contraparte³³.

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé é responsável por sistematizar o abuso do direito, ao passo que em sua função integrativa institui padrões de condutas pautadas nos critérios de lealdade, proibidade, correção e proteção às expectativas legítimas³⁴.

Rafael Caselli prescreve que a força normativa da boa-fé deriva da função limitadora de posições jurídicas, através da análise de quatro figuras que proíbem comportamentos contraditórios a esse *standard* ético-jurídico³⁵. Entre essas

³⁰ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 258.

³¹ MARTINS-COSTA. Judith. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPEDINO. Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 58.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações...*, ob. cit., p. 138.

³³ *Idem*, p. 138.

³⁴ MARTINS-COSTA. Judith. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé* In: TEPEDINO. Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo...*, ob. cit., p. 87.

³⁵ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 260.

posições jurídicas destacam-se: *o tu quoque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium* e *supressio*³⁶.

Em relação ao objeto desse trabalho, propõe-se a investigação e distinção dos corolários do *venire contra factum proprium* e da *supressio*.

Conforme Menezes Cordeiro, o *venire contra factum proprium* apresenta como pressupostos de formação, a existência de dois comportamentos ativos, *a priori* lícitos, do mesmo indivíduo diferido no tempo, sendo que o segundo exercício de uma posição jurídica ocorre em contradição ao primeiro³⁷. Logo, para que seja configurado referido instituto, é exigida uma postura ativa do indivíduo ao praticar dois comportamentos contraditórios. Consequentemente, esses comportamentos ferem a expectativa legítima criada pela conduta antecedente³⁸.

Em relação ao instituto da *supressio*, Menezes Cordeiro afirma ser a mesma: “(...) situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercida durante um determinado lapso de tempo, não pode mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé³⁹”.

Destarte, conclui-se que o não exercício de um direito pelo seu titular, num determinado lapso temporal, configura renúncia tácita de uma posição jurídica⁴⁰, sendo a inércia pressuposto indispensável para a configuração da *supressio*, uma vez que é a responsável pela criação, na contraparte, da expectativa legítima de que aquela posição jurídica não seria mais praticada.

Ao intentar exercer sua posição jurídica de forma tardia, o titular do direito comporta-se de forma abusiva, pois quebra a confiança instada na contraparte, violando os parâmetros instituídos pela boa-fé objetiva⁴¹.

A expressão da *supressio*⁴² indica um duplo e correlato fenômeno, uma vez que surgem duas consequências jurídicas da passagem do tempo. Como resultado disso, a inércia do sujeito ativo restará configurada a *supressio*, caracterizada como perda da posição jurídica. Em outra via, surge para a contraparte a situação jurídica da *surrectio*, reconhecida como a criação de uma posição jurídica, em razão do não

³⁶ MARTINS-COSTA. Judith. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé* In: TEPEDINO. Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo...*, ob. cit., p. 84.

³⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 742.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações...*, ob. cit., p. 750.

³⁹ *Idem*, p. 798.

⁴⁰ TARTUCE. Flávio. *O novo CPC e o direito civil- impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015, p. 43.

⁴¹ MARTINS-COSTA. Judith. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé* In: TEPEDINO. Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo...*, ob. cit., p. 85.

⁴² CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 719-860.

exercício do direito pela parte adversa, a fim de tutelar a proteção da confiança legitimamente criada.

A recondução da *supressio* ao *venire contra factum proprium* encontra-se vinculada à ideia de que a mesma configuraria um comportamento contraditório, sendo que o exercício tardio de uma posição jurídica viola os preceitos da boa-fé, na medida em que quebra a confiança gerada por seu comportamento anterior⁴³.

Tal visão não merece prosperar, pois ambos os institutos são autônomos, ou seja, são formados por elementos distintos. Torna-se interessante destacar que o *venire contra factum proprium* pressupõe uma atuação, uma postura ativa, ao passo que o elemento essencial da *supressio* remonta a um não exercício de um direito, ou seja, um comportamento omissivo⁴⁴.

A teoria do direito alienígena do *duty to mitigate the loss* encontra-se ligada ao instituto da *supressio*, na medida em que proporciona fundamento para a perda de uma posição jurídica pelo seu não exercício em tempo razoável.

Apesar da inexistência de previsão legislativa sobre tal teoria em nosso ordenamento pátrio, torna-se possível aplicá-la pelo fato de decorrer, diretamente, da boa-fé objetiva.

Desta feita, preceitua Rafael Caselli ao caracterizar o subprincípio⁴⁵, *duty to mitigate the loss*, como sendo um dever acessório que decorre da concepção da boa-fé, como norma de conduta. Assim sendo, deve o credor adotar todas as medidas necessárias e possíveis, ao seu alcance, a fim de evitar o agravamento do dano gerado pelo fato do inadimplemento do devedor⁴⁶.

Ainda de acordo com o autor supracitado, o subprincípio do *duty to mitigate the loss* apresenta por finalidade: “evitar que o credor se utilize de sua própria inércia para auferir vantagens exorbitantes sobre o devedor⁴⁷”.

⁴³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 805.

⁴⁴ *Idem*, p. 809.

⁴⁵ Segundo Fredie Didier Jr. *et al*: “os subprincípios exercem uma função definitória em relação aos princípios (normas mais amplas, que podem ser designadas como “sobreprincípios”): delimitam com maior precisão o comando normativo estabelecido pelo sobreprincípio”. (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. v.5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 49).

⁴⁶ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 267.

⁴⁷ *Idem*, p. 267-268.

1.3. A expansão da boa-fé na seara processual

1.3.1. A inserção da boa-fé no direito processual civil e seus fundamentos constitucionais

Como abordado anteriormente, a boa-fé objetiva desenvolveu-se, inicialmente, no âmbito do direito civil, a fim de oferecer parâmetros ao exercício da autonomia privada. Todavia, devido à relevância ética de seu conteúdo, o instituto da boa-fé expandiu-se em domínios não civis, por não se tratar de um instituto jurídico comum, mas sim de um produto cultural⁴⁸.

Para Menezes Cordeiro, é evidente que a transposição da boa-fé enfrentou dificuldades, devido à cisão que vigorou, durante muito tempo, entre o direito público e o privado⁴⁹, o que vem sendo mitigado pela atual fase metodológica do processo.

Torna-se interessante realizar uma breve abordagem a respeito das fases metodológicas do processo civil, a fim de facilitar a compreensão da introdução da boa-fé na seara processual.

A evolução histórica do direito processual, em geral, é dividida em três fases: *praxismo ou sincretismo*, momento em que não existia uma preocupação científica com os elementos processuais, sendo que não havia diferença entre o direito material e o processual; após passou-se a fase do *processualismo*, em que começou a surgir uma preocupação de estudar as categorias processuais, culminando para o início de uma delimitação entre o direito material e o processual; por último, dentro dessa clássica divisão, tem-se a fase *instrumentalista*, em que o direito processual é concebido como instrumento de concretização e efetivação do direito material, formando-se assim uma *relação circular de interdependência*⁵⁰.

Devido ao fato de a ciência processual ser dinâmica, seria mais apropriado referir-se a uma nova fase metodológica do processo, denominada pela doutrina de neoprocessualismo ou formalismo valorativo.

⁴⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 371.

⁴⁹ *Idem*, p. 373.

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 44.

Como destacam Fredie Didier Jr. *et al*, essa nova fase processual é caracterizada por ser um movimento de constitucionalização do Direito Processual⁵¹, responsável pela revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas, que são os valores constitucionais protegidos sob a égide de direitos fundamentais⁵².

Assim, o art. 1º do CPC/15 é fruto do reconhecimento da força normativa da Constituição, na medida em que consagra essa nova fase metodológica, ao passo que preceitua que o processo será ordenado, disciplinado e aplicado em consonância com os valores e normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

A revisão das categorias processuais apresenta por condão corroborar a ideia da reconstrução do processo pela inserção de elementos éticos, em especial os valores da boa-fé e da cooperação, em suas normas fundamentais⁵³.

Destacado isso, será feita a análise dos fundamentos constitucionais da boa-fé processual, a fim de demonstrar que referido princípio incidiria na dinâmica processual, independentemente de expressa previsão infraconstitucional, considerando-se que a boa-fé pode ser interpretada como conteúdo de outros direitos fundamentais⁵⁴.

Ao reconhecer, no diploma normativo constitucional, a justificativa para a incidência da boa-fé na integralidade de nosso ordenamento jurídico, Humberto Theodoro Júnior *et al* destacam que, a exigência de agir conforme os padrões de lealdade e cooperação, a fim de proteger a confiança, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso II da CF/88), bem como do princípio da solidariedade social (previsto como objetivo da República no art. 3º, inciso I da CF/88)⁵⁵.

Em decorrência da interpretação da boa-fé, como forma de proteger a confiança, Menezes Cordeiro apresenta, como fundamento da boa-fé processual, o princípio da igualdade, exigindo-se igualmente das partes, de uma relação jurídica, um comportamento de acordo com as exigências estipuladas pela boa-fé⁵⁶.

⁵¹ Segundo ilustram Fredie Didier Jr. *et al*, o movimento de constitucionalização do processo pode ser analisado sobre duas dimensões: i) incorporação dos textos constitucionais nas normas infraconstitucionais, formando os direitos fundamentais processuais; e ii) interpretação das normas infraconstitucionais como forma de concretizar as disposições constitucionais através da adequação de seu conteúdo e forma. (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. v.5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 47).

⁵² *Idem*, p. 45.

⁵³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 45.

⁵⁴ *Idem*, p. 107.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamento e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 135.

⁵⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 51.

Vislumbra-se, igualmente, como fundamento constitucional da boa-fé processual, o princípio do contraditório, previsto no art. 5º inciso LV da CF/88. Referido princípio apresenta natureza dúplice, possibilitando às partes exercerem influência na decisão judicial, pelos direitos de informação e manifestação e também impõe que as partes guiem seus comportamentos, no sentido de colaborar com o exercício da jurisdição, coadunando suas condutas com a concepção ética de processo⁵⁷.

O entendimento que a boa-fé processual é subprincípio do devido processo legal é a premissa mais adequada ao objeto do presente estudo⁵⁸.

De acordo com Fredie Didier Jr. *et al*, para que o processo esteja em conformidade com os preceitos do devido processo legal, perfaz-se necessário que, todos os sujeitos processuais compatibilizem suas atuações aos deveres de cooperação e lealdade, remanescentes do *standard* ético-jurídico, fornecido pela boa-fé objetiva⁵⁹.

Nessa perspectiva, o acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 464.963/GO, representa o devido processo legal como exigência do *fair trial*, a saber: “o princípio do devido processo legal (...) representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa e leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais⁶⁰”.

Segundo a concepção de *fair trial*, desenvolvida pela nossa Suprema Corte, para que o processo seja efetivo e justo, alcançando o fim a que se propõe, torna-se indispensável que seus personagens atuem de acordo com os padrões de conduta estabelecidos pela boa-fé processual.

1.3.2. A boa-fé processual como norma fundamental

O CPC/15, em seu art. 5º, menciona expressamente a boa-fé processual como norma fundamental de processo, o que denota o interesse em se conformar o comportamento dos sujeitos processuais a uma diretriz ética.

No que tange à natureza das normas fundamentais, é significativo expor a explanação de Luiz Guilherme Marinoni *et al*: “as normas fundamentais elencadas pelo

⁵⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, n. 126, 2005, p. 66.

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil...* ob. cit., p. 49.

⁵⁹ *Idem*, p. 49.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 464.963 – GO., Recorrente Ângela Pinto Ribeiro Miro e outros. Recorrido Lenir de Souza e Silva. rel., Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 14/02/2006. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 24/02/2006.

legislador constitucional constituem linhas mestras do código, são eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado⁶¹”.

Assim sendo, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁶² salienta que a escolha legislativa de situar o instituto da boa-fé processual como norma fundamental de conduta, apresenta por objetivo, impor as partes um comportamento ético, o que proporcionaria obter de forma tempestiva e efetiva, tutela jurisdicional adequada, que constitui a finalidade pela qual se direciona o processo.

Ao conceituar a boa-fé processual como norma fundamental de processo civil, Rafael Caselli destaca seu duplo aspecto: ao mesmo tempo em que imputa como dever das partes o proceder de acordo com a normativa da boa-fé, também se caracteriza como diretriz para a interpretação de todas as normas jurídicas processuais⁶³.

Ademais, o princípio da boa-fé foi inserido no diploma processual sobre a técnica legislativa de cláusula geral, o que denota a necessidade de normas flexíveis, possibilitando uma melhor adequação às especificidades do caso concreto⁶⁴.

Fredie Didier Jr. *et al*, em relação à concepção da boa-fé processual, como norma principiológica, desenvolvem a seguinte definição:

o princípio da boa-fé processual, por exemplo, torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. Donde se conclui que é possível conceber situações jurídicas atípicas (não expressamente previstas) decorrentes da eficácia direta com a função integrativa do princípio da boa-fé processual⁶⁵.

Portanto, a fim de não comprometer o regular desenvolvimento do processo, os personagens que o compõem devem atuar conforme os padrões da boa-fé.

Cabe evidenciar, como ilustra Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que a boa-fé processual apresenta duas funções essenciais, quais sejam: “i) estabelecer comportamentos probos e éticos aos diversos personagens do processo; e ii) restringir ou proibir a prática de atos considerados abusivos⁶⁶”.

O aspecto da boa-fé, como parâmetro de comportamento ético, a ser seguido pelos sujeitos processuais, configura-se como a exigência de uma prestação

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1. ed., 2015, p. 90.

⁶² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 5º*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

⁶³ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 264.

⁶⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 53.

⁶⁵ *Idem*, p. 48.

⁶⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 5º*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 68.

positiva das partes, isto é, demanda uma atuação que observa os deveres de cooperação e lealdade.

Por lado outro, em relação à função da boa-fé processual como restrição ou proibição a comportamentos abusivos, é demandado aos personagens processuais uma prestação negativa, ou seja, postula-se que as partes se abstenham de condutas que violem o *standard* ético-jurídico determinado pela boa-fé objetiva.

1.3.3. O modelo cooperativo de processo

A priori, torna-se oportuno ressaltar o entendimento de Rafael Caselli de que a incidência do *standard* ético-jurídico da boa-fé, nas relações jurídicas processuais, foi responsável pela instauração de uma verdadeira ordem de cooperação, na medida em que imputa deveres laterais de conduta ao sujeito ativo, da relação jurídica, interpretando que o mesmo também deve dirigir seu comportamento à consecução do fim almejado no processo⁶⁷.

Conforme debatido anteriormente, a boa-fé, em sua função integrativa, foi responsável por determinar a necessidade das partes cooperarem entre si, com o intuito de alcançar a finalidade da jurisdição, compreendida na prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva, dentro de tempo razoável, dependendo da complexidade da demanda.

Cabe salientar que no CPC/73 inexistia dispositivo legal correspondente ao art. 6º do CPC/15. Sendo assim, referido artigo consagrou a cooperação como dever a ser observado pelos sujeitos processuais, a fim de se obter a tutela jurisdicional adequada.

O fato de o diploma processual prever, expressamente, o princípio da cooperação, em seu art. 6º, consagrando o modelo cooperativo de processo⁶⁸, demonstra a adoção da nova fase metodológica, em que as categorias são revisadas para se compatibilizar aos valores constitucionais⁶⁹.

Tendo em vista a adoção, pela Constituição de 1988, do regime democrático, a jurisdição como exercício do poder do Estado, para ser legítima,

⁶⁷ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 275.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado...*, ob. cit., p. 101.

⁶⁹ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 274.

pressupõe a participação de todos os personagens processuais na construção da decisão judicial⁷⁰.

Desse modo, de acordo com Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o fato de os sujeitos processuais estarem ligados pelo vínculo de cooperação é imprescindível para que se alcance a finalidade da jurisdição⁷¹.

Como ilustram Luiz Guilherme Marinoni *et al*, a cooperação, no processo civil, pode ser interpretada sobre dois enfoques: como modelo de processo e como princípio a ser observado pelas partes, sendo que “os deveres inerentes à colaboração no processo respondem aos pressupostos que sustentam o modelo cooperativo⁷²”.

A cooperação, sobre aceção de modelo de processo, relaciona-se ao modo que é realizado a divisão do trabalho, entre os sujeitos processuais, transformando o processo em uma verdadeira comunidade de trabalho. Já a colaboração, interpretada como princípio processual, impõe uma postura a ser desenvolvida pelos sujeitos processuais, apresentando-se como elemento essencial a condução de uma decisão de mérito justa e efetiva⁷³.

Na medida em que for, cada vez mais, oportunizada a participação dos sujeitos processuais, intensificando o vínculo de cooperação processual, maior será a legitimidade democrática da decisão judicial⁷⁴.

⁷⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 6º*. In. WANBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 70.

⁷¹ *Idem*, p. 71.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado...*, ob. cit., p. 101.

⁷³ *Idem*, p. 101-102.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 72.

2. A EXECUÇÃO DAS TUTELAS ESPECÍFICAS

2.1. Tutela jurisdicional executiva

Inicialmente, delimitar-se-á aos pressupostos da tutela jurisdicional executiva. A técnica executiva visa a assegurar a tutela jurisdicional como resultado, isto é, a utilização dos meios de execução com o intuito de fornecer ao credor a satisfação de seu direito material, reconhecido na fase de conhecimento⁷⁵, destacando que o objeto do presente estudo é a execução de títulos executivos judiciais em que a prestação devida consiste numa obrigação de fazer ou de não fazer.

A sentença que meramente reconhece a exigibilidade de uma obrigação demandará de atividade executiva, para a satisfação do interesse do credor reconhecido no título executivo, toda vez que o devedor não cumprir voluntariamente o comando judicial⁷⁶.

Nesse aspecto, Luiz Guilherme Marinoni *et al* preceituam que a finalidade da execução concerne à efetivação da tutela jurisdicional do direito⁷⁷.

Desta forma, a tutela jurisdicional executiva pressupõe o inadimplemento do sujeito passivo, consistindo em uma série de mecanismos aptos a conferir ao credor a efetivação do seu direito contido no título executivo⁷⁸. Os procedimentos impostos com o intuito de obter a tutela executiva serão distintos, individualizados, a depender das peculiaridades do caso concreto, isto é, da natureza do título executivo e da prestação devida⁷⁹.

No presente estudo será examinado o processo de execução forçada que tenha por objeto a realização de um fazer ou não fazer, em que para a concretização da tutela específica se perfaz necessário à imposição pelo juízo de medidas executivas, visando a compelir o devedor a cumprir a prestação devida reconhecida no título⁸⁰.

Importante proceder à classificação da execução, a partir da natureza da sentença⁸¹, em direta e indireta, em que a diferença remonta na natureza dos meios de

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 470.

⁷⁶ *Idem*, p. 704.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 718.

⁷⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 42.

⁷⁹ *Idem*, p. 143-144.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 468.

execução escolhido pelo juiz, na medida em que uma espécie de execução necessita de colaboração do executado para a consecução do resultado⁸².

A execução direta, fruto da sentença de natureza condenatória⁸³, independe da participação do obrigado, uma vez que é realizada através de medidas de sub-rogação, ou seja, o juiz fixa uma medida executiva que substitui a vontade do executado, entregando ao credor o bem da vida descrito no título executivo⁸⁴.

De outro lado, a execução indireta é remanescente de uma sentença de cunho mandamental, isto é, que apresenta em seu conteúdo uma ordem imperativa que visa compelir o devedor a cumprir voluntariamente a prestação, efetivando o direito material reconhecido no título executivo judicial⁸⁵.

A essência da execução indireta encontra-se correlata à imprescindibilidade da atuação do executado para o cumprimento da decisão judicial, efetuando-se, assim, a prestação devida e, conseqüentemente, satisfazendo o interesse do credor que fora reconhecido jurisdicionalmente. Por consequência, para que se consiga atingir o resultado almejado, o juízo deve determinar medida executiva que atue na vontade do executado, convencendo-o a cumprir a prestação principal⁸⁶.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni *et al*, os meios executivos de coerção indireta não são suficientemente responsáveis pela concessão do direito material, tendo por condão apenas pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que cumpra a prestação devida⁸⁷.

2.2. Peculiaridade da execução da tutela específica

2.2.1. Da tutela específica

Conforme destacado na introdução deste trabalho, passar-se-á ao enfoque da tutela jurisdicional como resultado, em que o órgão jurisdicional deverá voltar a sua

⁸² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 50.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 469.

⁸⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 50.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 468.

⁸⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 51.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 719.

atuação, fixando os meios de execução idôneos à consecução do direito material, consubstanciado a parte o resultado que obteria se houvesse o adimplemento voluntário⁸⁸.

Objetivando a consecução do resultado, o juiz deve empregar a técnica executiva adequada à natureza da prestação devida, permitindo, assim, a promoção do bem da vida pelo qual o credor, objetivando a sua proteção, acionou o Judiciário, assegurando, dessa maneira, uma maior efetividade do processo⁸⁹.

Interessante ressaltar que uma das grandes preocupações do CPC/15 concerne na construção de um processo efetivo e justo⁹⁰, entendido como instrumento hábil a atribuir ao jurisdicionado o bem da vida, ou seja, um processo voltado à satisfação do direito material, com a prestação da obrigação nos moldes em que fora pactuada⁹¹.

Considerando os preceitos do novo diploma processual civil, sobretudo no que tange à capacidade da jurisdição de tutelar os direitos, em sua forma específica, não basta que o legislador preveja uma série de meios executivos, cabe à atividade jurisdicional a adequação desses meios, proporcionando ao credor a satisfação de seu direito⁹².

Em razão disso, denota-se a escolha legislativa pela primazia da tutela específica, no lugar do mero ressarcimento pelo descumprimento da prestação, pelo devedor.

Antes de mais nada, convém acentuar, que o desenvolvimento de uma atividade de fazer ou de não fazer, pelo devedor, não é o resultado esperado do processo, configurando-se apenas como meio para a realização da tutela do direito, sendo, desse modo, o objeto da execução que se configura como conduta, atividade indispensável para a prestação da tutela do direito. Por esse ângulo, destacam Luiz Guilherme Marinoni *et al* que “a satisfação do direito do autor não se expressa no fazer ou não fazer, mas sim na tutela do direito alcançada mediante o fazer ou não fazer⁹³”.

⁸⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 563.

⁸⁹ *Idem*, p. 564.

⁹⁰ GAIO JR., Antônio Pereira. *A tutela específica no novo código de processo civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 313.

⁹¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 564.

⁹² PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 264.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 814.

Imprescindível notar que o fim primordial que norteia a tutela específica refere-se à conservação da integridade do direito material previsto no título executivo⁹⁴.

Sobreleva ressaltar, como indica Rinaldo Mouzalas, que a concessão da tutela específica na execução precede atividade jurisdicional de conhecimento, formando título executivo judicial que reconhece a existência de um direito à prestação, em benefício do credor⁹⁵.

A tutela específica caracteriza-se por ser técnica executiva instrumental que permite conceder ao credor a satisfação integral do seu direito advindo do título executivo, buscando guardar maior correspondência com o resultado que atingiria caso a hipótese do devedor cumprisse espontaneamente a obrigação⁹⁶.

Em decorrência do determinado no art. 497 do CPC/15, consolidou-se o princípio da primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, no qual oferece ao credor tudo o que ele obteria caso o devedor cumprisse, de forma espontânea, a obrigação que lhe cabia, ou seja, tudo o que o credor obteria caso não fosse necessário provocar a atividade jurisdicional para imposição da ordem⁹⁷.

O art. 499 do CPC/15 é outro dispositivo legal que permite inferir que o objetivo principal da jurisdição é conceder ao credor a tutela específica dos seus direitos, uma vez que expressa que a obrigação só será convertida em perdas e danos por opção do credor, notadamente quando a prestação após o inadimplemento não lhe é mais interessante, ou quando for impossível a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente⁹⁸.

O princípio da primazia da tutela específica corresponde à necessidade do procedimento executivo se desenvolver através de meios idôneos, proporcionando ao credor o bem da vida tutelado no título executivo⁹⁹.

Como abordado anteriormente, a execução que objetiva uma prestação de fazer ou de não fazer depende do desenvolvimento de uma atividade pela parte devedora. Desta feita, os meios executivos a serem determinados pelo juiz interferem na esfera jurídica do devedor, a fim de convencê-lo a adimplir a prestação¹⁰⁰.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 815.

⁹⁵ MOUZALAS, Rinaldo. *Comentários ao art. 467*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves Comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1264.

⁹⁶ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 251.

⁹⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 580.

⁹⁸ *Idem*, p. 75.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p.71.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 73.

Para Fredie Didier Jr. *et al*, a tutela específica concretiza-se a partir de duas formas: direta, almejando o comportamento do devedor, que pode se traduzir num fazer ou não fazer, e indireta, visando alcançar a obrigação *in natura*, isto é, a prestação devida que necessita da atuação do sujeito passivo¹⁰¹.

Para tanto, é dever do juízo avaliar as circunstâncias do caso concreto, devendo se ater à natureza da prestação devida, a fim de fixar a medida executiva adequada para a consecução da tutela específica, fato que será objeto de análise do próximo tópico¹⁰².

2.2.2. Das técnicas processuais referentes à execução da tutela específica

Conforme discutido anteriormente, a tutela específica pressupõe a atuação do devedor, correspondendo a uma obrigação de fazer ou de não fazer. Neste caso, o juiz utiliza-se da técnica de tutela mandamental ao impor uma medida executiva que pretende constranger o réu a cumprir a ordem judicial¹⁰³.

Nessa lógica, o *caput* do art. 536 do CPC/15, ao se referir à possibilidade de o juiz determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, confere ao magistrado o poder geral de efetivação das tutelas (executivas), isto é, o juízo, através do permissivo legal do referido dispositivo, possui o poder-dever de eleger a medida executiva apta a conferir efetividade ao direito material¹⁰⁴.

Por conseguinte, o julgador, ao realizar o juízo de proporcionalidade à luz das circunstâncias do caso concreto, deve determinar a medida executiva apta à concretização da prestação imposta na decisão judicial¹⁰⁵.

Segundo ressaltam Luiz Guilherme Marinoni *et al*, o procedimento executivo se submete a uma sistemática principiológica, isso é, diversos princípios devem ser observados a fim de prestar uma tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁶.

A opção legislativa pelo princípio da atipicidade das formas executivas se extrai da cláusula aberta encunhada pela expressão “outras medidas”, contida no § 1º do art. 536 do CPC/15. Consequentemente, o legislador confere ao juiz a liberdade para

¹⁰¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 581.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 815.

¹⁰³ *Idem*, p. 1401.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 837.

¹⁰⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 599.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 709.

escolher a melhor técnica direcionada para efetivação da tutela do direito, atendo-se ao exame da realidade fática¹⁰⁷.

Para Fredie Didier Jr. *et al*, a adoção do princípio da atipicidade dos meios executivos foi privilegiada pelo legislador, sendo que o mesmo seria incapaz de prever, *a priori* e de maneira abstrata, todas as peculiaridades para execução das tutelas jurisdicionais, sendo mais apropriada a concentração dos poderes de execução na figura do juízo que fixará a medida executiva mais adequada ao caso concreto¹⁰⁸.

Haja vista o direito fundamental do jurisdicionado à tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁹, é imprescindível a escolha do meio de execução apropriado à consecução do resultado que se espera obter do processo.

Como o juiz é o responsável pela escolha da técnica executiva adequada à consecução do resultado almejado pelo credor, vale examinar o conteúdo do art. 139 do CPC/15, que estabelece os poderes e deveres do magistrado na condução do processo. Nesse ponto de vista, o inciso IV, do referido artigo, preceitua que o juiz deve determinar todas as medidas, sejam elas de natureza sub-rogatória ou coercitiva, fundamentais para o cumprimento da ordem judicial.

Pela interpretação dos referidos dispositivos legais denota-se a abertura do sistema processual brasileiro, conferindo papel de grande relevância à atividade jurisdicional, ao conceder ao juiz o poder geral de efetivação das tutelas¹¹⁰.

Como preceituam Fredie Didier Jr. *et al*, a opção legislativa pela atipicidade das medidas executivas tem como objetivo construir um processo em que seu fim consiste em prestar ao jurisdicionado uma decisão efetiva, adequada e tempestiva¹¹¹.

O §1º do art. 536 do CPC/15 apresenta um rol exemplificativo de medidas executivas que se encontram ao dispor do togado, que elegerá a medida apta a exercer pressão psicológica na pessoa do devedor, buscando convencer o mesmo ao cumprimento específico da prestação devida¹¹².

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 710.

¹⁰⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 100.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 247.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 703.

¹¹¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 600.

¹¹² GAIO JR., Antônio Pereira. *A tutela específica no novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 317.

Em que pese à ampliação dos poderes do juiz, pela interpretação do §1º do art. 536 do CPC/15, como rol exemplificativo¹¹³, é necessária a imposição de critérios de controle a margem de escolha e poder criativo do juízo, no que tange à seleção da medida executiva adequada à satisfação do exequente¹¹⁴.

Referidos critérios encontram-se, indissociavelmente, ligados ao exame do caso concreto, pois este é o responsável por apontar o meio de execução adequado à consecução da tutela jurisdicional¹¹⁵.

Assim, o juiz, ao fixar a medida de apoio apropriada a incutir no devedor à vontade de cumprir a decisão judicial, deve observar três critérios. Primeiramente, deve passar ao juízo de adequação, verificando se o meio executivo é competente à satisfação do direito material; em seguida deve averiguar se a medida executiva escolhida é necessária, isto é, entre todas as medidas adequadas à obtenção do resultado, o meio de execução escolhido deve ser aquele que repercutir menor restrição na esfera jurídica do executado; e como último critério, o juízo deve perpassar a proporcionalidade em sentido estrito, sopesando as vantagens e desvantagens da fixação de tal medida executiva, buscando a solução que mais atenda aos interesses conflitantes¹¹⁶.

2.3. Da fixação das *astreintes* como medida de apoio à execução da tutela específica

A multa judicial pode ser definida como técnica executiva que apresenta a finalidade de constranger psicologicamente¹¹⁷ o devedor ao cumprimento do comando judicial, sendo essa pressão exercida mediante ameaça ao seu patrimônio, considerando que a multa fixada, de forma periódica, tem por base o tempo em que permanece o inadimplemento¹¹⁸.

¹¹³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 599.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 845.

¹¹⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 600.

¹¹⁶ *Idem*, p. 584-585.

¹¹⁷ CHALFIN, Renato. *Anotações sobre as astreintes no Novo Código de Processo Civil: o que mudou*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241030,21048-Anotacoes+sobre+as+astreintes+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+que>> acesso em 10 maio 2017 às 14:00.

¹¹⁸ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 35.

A multa coercitiva caracteriza-se por ser medida executiva que apresenta a finalidade de inculcar no devedor a vontade de cumprir o comando judicial, sobre pena de sofrer agressão patrimonial, caso permaneça inadimplente ao longo do tempo¹¹⁹.

Rafael Caselli conclui que a multa judicial, diferente das demais medidas executivas a serem empregadas para a consecução da tutela específica, não atua a fim de conceder ao credor o bem da vida, encontrando-se vinculada à mora do devedor em cumprir o comando judicial, objetivando constranger seu patrimônio para a efetivação da tutela jurisdicional¹²⁰.

A *astreinte* apresenta natureza predominantemente processual, ao passo que corresponde a uma sanção pecuniária, dirigindo-se ao cumprimento de uma decisão judicial, na medida em que intenta tornar insuportável à mora do devedor em proceder ao cumprimento específico da obrigação, pelo seu potencial de agredir a esfera patrimonial do executado. Por outro lado, a multa também pretende preservar a autoridade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, assegurando a eficácia das tutelas de direito¹²¹.

Luiz Guilherme Marinoni *et al* acentuam sobre a impossibilidade de conferir a multa judicial, natureza indenizatória, ao passo que a *astreinte* não possui o objetivo de ressarcir o credor pelo período de tempo que se viu privado do bem da vida. Entretanto, seu montante não está limitado ao valor do dano causado pelo inadimplemento¹²². Da mesma maneira, a multa coercitiva não ostenta caráter punitivo, visando repreender o devedor por descumprir ordem judicial¹²³.

Fator relevante, atinente à temática da multa coercitiva, como medida executiva, refere-se ao seu caráter acessório, isto é, a *astreinte* configura-se como sanção acessória, uma vez que é instrumento técnico voltado a proporcionar o cumprimento da prestação principal compreendida no título executivo¹²⁴.

Para Guilherme Rizzo Amaral, a multa coercitiva pode ser determinada pelo juiz, dependendo das repercussões causadas pelo descumprimento da decisão judicial, de duas formas distintas: periódica, na medida em que visa exercer pressão psicológica no réu, considerando-se que o descumprimento do *decisum* se posterga no

¹¹⁹ GAIO JR., Antônio Pereira. *A tutela específica no novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 320.

¹²⁰ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 38.

¹²¹ *Idem*, p. 110-111.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 722.

¹²³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 606.

¹²⁴ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 32-34.

tempo; ou de forma fixa, quando a natureza do descumprimento se consolida de forma imediata e irreversível¹²⁵.

O objeto de estudo do presente trabalho está centrado nas repercussões atinentes a multa coercitiva fixada de forma periódica.

O juiz deve prosseguir ao exame de alguns critérios¹²⁶ antes de fixar a *astreinte* como medida executiva, considerando que seu objetivo concerne em intimidar o devedor, almejando vencer a sua resistência em cumprir a decisão judicial¹²⁷.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni *et al*: “(...) a multa, para poder convencer, deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer o réu acreditar que é mais conveniente cumprir a obrigação a desconsiderar a ordem do juiz¹²⁸”.

É imprescindível, pelo caráter acessório de referida medida executiva, que se verifique a possibilidade do cumprimento específico da prestação determinada no título executivo, sendo que só fará sentido à cominação da multa se for viável a consecução da tutela específica¹²⁹.

Em sequência, o juiz deve apreciar a adequação da multa coercitiva como meio executivo, isto é, se essa medida executiva é apta a compelir o devedor ao cumprimento da prestação principal, avaliando a capacidade da *astreinte* intimidar a pessoa do demandado. Para que a multa se torne efetiva é necessário que o executado tenha acervo patrimonial a ser potencialmente constrangido, em caso do descumprimento da decisão judicial¹³⁰.

Torna-se necessário avaliar se inexistem outros meios capazes de concretizar, em igual forma, a tutela específica, atingindo, de forma menos onerosa, a pessoa do executado¹³¹ (art. 805, CPC/15).

Sendo a multa coercitiva confirmada como a medida executiva idônea à consecução do resultado, o juiz deve compatibilizar o valor da *astreinte* com o bem da vida que referida medida visa a assegurar¹³². Para que o montante da multa seja suficiente e compatível com a obrigação que se intenta compelir o cumprimento, o

¹²⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários ao art. 536*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 1401.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 727.

¹²⁷ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 32.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 727.

¹²⁹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 609.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 610.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 611.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 612.

magistrado deve pautar a fixação de seu valor pela capacidade financeira do executado e a magnitude do descumprimento da ordem judicial na esfera de direitos do exequente¹³³.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni *et al* preceituam que caso a multa não surta o efeito esperado, isto é, não seja suficiente para compelir o devedor a cumprir a prestação devida, a *astreinte* passará a se configurar como sanção pecuniária, decorrendo do descumprimento de um comando judicial¹³⁴.

Importa acentuar que, o novo diploma de processo civil sanou eventuais dúvidas quanto a quem deveria ser o legitimado para receber o montante, remanescente, da multa coercitiva, pois o §2º do art. 537 do CPC/15 determina que, o beneficiário do valor devido, em razão da *astreinte*, é o exequente. Nesse aspecto, torna-se relevante observar o comportamento adotado pelo credor, uma vez que sua finalidade precípua é proporcionar o cumprimento da prestação principal, efetivando, assim, a tutela específica¹³⁵.

¹³³ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 36.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 723.

¹³⁵ *Idem*, p. 723.

3. DA MODULAÇÃO DO VALOR DAS *ASTREINTES*

3.1. A possibilidade de redução do montante das *astreintes* pela prerrogativa do §1º - art. 537

No presente capítulo será feita a investigação da possibilidade de redução do montante devido a título de multa coercitiva, partindo das premissas da boa-fé processual e do iminente dever de cooperação existente entre as partes, considerando que a multa tornou-se excessiva, devido a um comportamento omissivo do credor¹³⁶.

De acordo com o contido no §4º do art. 537, a multa incidirá até que o devedor preste o cumprimento do comando determinado na decisão judicial. Logo, o fato da multa tornar-se excessiva exige do juízo a análise do comportamento das partes, a fim de averiguar se resta configurada hipótese de modulação do *quantum* atingido pela *astreinte*¹³⁷.

Nessa perspectiva, é imprescindível proceder ao exame do disposto no art. 537 §1º do CPC/15, o excesso da multa pode, em certos casos, possibilitar a modificação do valor alcançado pela *astreinte*. Destarte, a alteração do *quantum* devido em razão das *astreintes* deve ser realizada, de forma criteriosa, pelo juiz, não se configurando somente pelo fato de ter alcançado patamares elevados¹³⁸.

Interessante destacar que a finalidade da multa remonta ao propósito de conferir efetividade às decisões judiciais, não podendo se caracterizar como um direito de crédito em favor do autor ou como forma de punição ao devedor inadimplente¹³⁹.

O valor da multa deve ser o suficiente para vencer a resistência do réu de cumprir a decisão judicial. Em vista disso, para fixar o valor inicial da *astreinte* o juiz deve avaliar a capacidade de resistência do réu, considerando o seu lastro patrimonial, a fim de evitar que o devedor prefira arcar com os prejuízos advindos da cominação da multa coercitiva a proceder ao cumprimento da determinação judicial¹⁴⁰.

¹³⁶ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. Revista de Processo, n. 171, 2009, p. 35.

¹³⁷ CHALFIN, Renato. *Anotações sobre as astreintes no Novo Código de Processo Civil: o que mudou*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241030,21048-Anotacoes+sobre+as+astreintes+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+que>> acesso em 10 maio 2017 às 14:00, p. 10.

¹³⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 613.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 733.

¹⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários ao art. 536*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 1406.

Como demonstra Guilherme Rizzo do Amaral, a possibilidade de reduzir o montante da multa e não excluí-la, encontra-se vinculada ao fato do excesso da *astreinte* já ter se concretizado, afetando, gravemente, a esfera patrimonial do executado¹⁴¹.

O comando contido no § 1º e inciso I do art. 537 do CPC/15 depende de esforços doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que não define as hipóteses que o excesso de multa implicará na redução ou exclusão de seu valor. Ou seja, o fato da multa ter atingido valores exorbitantes não é justificativa para que o juiz proceda a sua redução, sob pena de esvaziar a finalidade coercitiva da *astreinte*, já que o objetivo dessa medida executiva está consubstanciado em vencer a resistência do réu em cumprir a decisão judicial¹⁴².

Caso o juiz reduza o valor da *astreinte*, somente porque a mesma atingiu patamares elevados, poderá inculcar no devedor um sentimento de que pode permanecer descumprindo as decisões judiciais, uma vez que não sofrerá as consequências do seu inadimplemento¹⁴³.

Para Fredie Didier Jr. *et al*, a redução do *quantum* final da multa só ocorrerá em hipóteses excepcionais, isto é, a alteração do valor da *astreinte* não se configurará somente pela multa ter alcançado valores excessivos¹⁴⁴.

Apesar disso, é usual que a jurisprudência reduza o valor das *astreintes*, sob o argumento de que seu excesso configuraria em enriquecimento sem causa¹⁴⁵. Deste modo, ressalta Rafael Caselli: “não é concebível limitar a aplicabilidade das *astreintes*, sob o argumento de que o processo se torna um meio para o enriquecimento sem causa¹⁴⁶”. No entanto, o aferimento de elevado valor, a título de *astreintes*, apresenta fundamento jurídico decorrente da resistência do réu em cumprir o comando judicial¹⁴⁷. Ainda de acordo com o autor supracitado¹⁴⁸:

Afim, o enriquecimento do credor, aqui, é causado pela demora do devedor em efetivar o comando, contido na sentença judicial. O enriquecimento, então, é consequência de uma previsão, contida em um provimento judicial.

¹⁴¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários ao art. 536*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 1409.

¹⁴² PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 300.

¹⁴³ *Idem*, p. 293.

¹⁴⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 617.

¹⁴⁵ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 294.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 292.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 294.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 296.

Logo, restando configurado o excesso da multa, conseqüentemente, incidirá o instituto da *supressio*, consubstanciado como perda do valor da *astreinte*, em razão da postura inerte do credor no decorrer do tempo, já que seu comportamento abusivo colaborou para o agravamento do dano gerado pelo descumprimento da decisão judicial¹⁴⁹.

Ao proceder interpretação do §1º do art. 537, Guilherme Rizzo Amaral, desenvolve interessante conclusão¹⁵⁰:

(...) caso se verifique o manifesto excesso na incidência da multa em comparação com a obrigação principal, gerando-se a possibilidade de enriquecimento injusto do credor (...), poderá o juiz excluir parte do crédito resultante da incidência da multa.

Interessante ressaltar que fator relevante para a tomada de decisão do juiz, no sentido de reduzir o valor da multa, é a postura adotada pelo credor diante do descumprimento da decisão judicial pelo devedor. Na análise da *práxis* jurídica é frequente que o credor não assuma posturas ativas, no sentido de reportar ao juízo o descumprimento da decisão judicial, visando assim a medidas aptas à consecução do resultado, e interessando-se em que o descumprimento da decisão se prolongue no tempo, proporcionando-lhe a possibilidade de auferir valores mais elevados a título de multa coercitiva¹⁵¹.

3.2. Teoria do *duty to mitigate the loss*

A teoria do *duty to mitigate the loss* teve origem no direito anglo-saxão a fim de estabelecer um padrão de conduta devida, podendo ser utilizada como fundamento para a supressão de um direito do credor, que foi omissivo ao não adotar as medidas necessárias para dirimir seus prejuízos, uma vez que lhe é vedado se utilizar de uma posição jurídica com o intuito de aferir lucro¹⁵².

Partindo da análise da situação, em que o credor pode assumir uma postura inerte, diante do descumprimento da decisão judicial pelo devedor, é interessante relacionar a teoria do *duty to mitigate the loss*, que preceitua um dever para o credor de adotar uma postura ativa diante do inadimplemento, com o instituto das *astreintes*.

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio...*, ob. cit., p. 40.

¹⁵⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários ao art. 537*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 1410.

¹⁵¹ *Idem*, p. 1410.

¹⁵² PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p.265.

A teoria do *duty to mitigate the loss* encontra-se vinculada a situações jurídicas em que o credor mantém-se inerte ante ao não cumprimento da prestação principal devida pelo sujeito passivo, não assumindo uma postura direcionada a evitar ou dirimir os prejuízos advindos do inadimplemento¹⁵³.

De acordo com Rafael Caselli, o subprincípio¹⁵⁴ do *duty to mitigate the loss* constitui-se como um mecanismo apto a evitar que o credor se utilize de uma posição jurídica com o intuito de receber proveitos excessivos¹⁵⁵.

O fundamento que permite interpretar pela recepção de referido instituto no ordenamento jurídico é a cláusula da boa-fé, prevista no art. 5º do CPC/15, que determina que todos os sujeitos processuais coadunem a sua conduta ao padrão normativo da boa-fé objetiva, vedando comportamentos abusivos¹⁵⁶. No aspecto da boa-fé, como fonte de deveres, tanto para a parte credora como para a devedora, é possível relacionar a recepção do dever de mitigar os próprios prejuízos como um dever acessório da boa-fé objetiva¹⁵⁷.

Como abordado no primeiro capítulo, tanto o credor quanto o devedor possui dever de lealdade, consubstanciado num mandamento de cooperação, em que ambas as partes devem atuar a fim de colaborar para o adimplemento da prestação devida, abstendo-se de comportamentos abusivos.

O subprincípio do *duty to mitigate the loss* se consolida como um dever jurídico para o sujeito ativo da relação, no qual o credor apresenta-se como um dos mais relevantes reflexos da boa-fé processual, ou seja, como um instrumento normativo que permite uma releitura do conceito tradicional de relação jurídica, que deve ser compreendida sob a ordem de cooperação¹⁵⁸.

Interessante destacar que o credor, ao direcionar sua conduta, no intuito de minimizar suas perdas, decorrentes do dano ocasionado pelo não cumprimento da

¹⁵³ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio...*, ob. cit., p. 39.

¹⁵⁴ Segundo Fredie Didier Jr. *et al*: “os subprincípios exercem uma função definitória em relação aos princípios (normas mais amplas, que podem ser designadas como “sobreprincípios”): delimitam com maior precisão o comando normativo estabelecido pelo sobreprincípio”. (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. v.5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 49).

¹⁵⁵ PEREIRA. Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 267.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio...*, ob. cit., p. 40.

¹⁵⁷ GAMELEIRA, Fernanda Figueira. *O dever de mitigar o próprio prejuízo aplicado à execução das astreintes*. 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n3_2014/pdf/FernandaFigueiraGameleira.pdf. Acesso em 17 mar. 2017 às 15:30.

¹⁵⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 621.

decisão judicial pelo devedor, atua de acordo com parâmetros éticos estabelecidos pela cláusula geral da boa-fé processual¹⁵⁹.

O instituto do *duty to mitigate the loss* preleciona que o devedor não pode ser instado a suportar prejuízo evitável e desnecessário, ocasionado pelo comportamento abusivo do credor, que colaborou para o agravamento do dano¹⁶⁰.

Isto posto, o juiz, ao modular o montante da *astreinte*, deve levar em consideração o comportamento desenvolvido pelas partes, no decorrer do processo, sobretudo observando se suas condutas coadunam com o dever de cooperação¹⁶¹.

Referido dever jurídico, derivado do princípio da boa-fé objetiva e consagrado no art. 6º do CPC/15, impõe às partes o compromisso de harmonizar seu comportamento, com o intuito de colaborar com a prestação da tutela jurisdicional efetiva, pela qual o credor acionou o judiciário em primeiro lugar¹⁶².

Segundo preceitua Rafael Caselli¹⁶³:

o subprincípio do *duty to mitigate the loss*, ao lado da boa-fé mostra-se como mecanismo indispensável no desdobramento cooperativo do processo, através do comportamento das partes litigantes. Urge um dever de agir do beneficiário da medida, buscando a alternativa mais efetiva, afastando-se da inércia a propiciar o acúmulo desarrazoado da multa.

Nesse ponto de vista, é possível extrair a adoção do preceito do *duty to mitigate the loss* do enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao conferir interpretação ao art. 422 do Código Civil, que determina que as partes contratantes observem o princípio da boa-fé que estipula: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo¹⁶⁴”.

Relevante evidenciar que a jurisprudência brasileira já vem adotando a teoria do *duty to mitigate the loss*, a fim de mitigar o aferimento de uma vantagem em razão da inércia do sujeito ativo.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao proceder ao julgamento do Recurso Especial nº 758.518/PR, em ação de reintegração de posse cominada com indenização, em que o devedor abandonou o imóvel não adimplindo as prestações provenientes do contrato de compra e venda, mas que o credor demorou,

¹⁵⁹ GAMELEIRA, Fernanda Figueira. *O dever de mitigar o próprio prejuízo aplicado à execução das astreintes*. 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/recursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n3_2014/pdf/FernandaFigueiraGameleira.pdf. Acesso em 17 de mar. 2017 às 15:30, p. 15.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 10.

¹⁶¹ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 277.

¹⁶² *Idem*, p. 279.

¹⁶³ *Idem*, *ibidem*, p. 273.

¹⁶⁴ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>> Acesso em 16 maio 2017 às 9:20.

aproximadamente, sete anos para reaver seu bem, pleiteando indenização durante todo o período da não-fruição da unidade autônoma. Ao proceder à análise do citado Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça deduziu que, apesar do devedor não ter adimplido seus deveres contratuais, o credor, não obstante ser vítima do ato ilícito, ao não adotar postura com o intuito de mitigar os prejuízos advindos desse inadimplemento, concorreu para o agravamento de seus próprios prejuízos, o que não é lícito, pois infringiu os deveres de cooperação e lealdade derivados da boa-fé objetiva. Logo, o juiz, na análise do caso concreto, deve analisar a conduta do credor e fixar sanção ao descumprimento do dever inerente da boa-fé objetiva¹⁶⁵.

O referido julgado, ao defender a aplicação do subprincípio do *duty to mitigate the loss*, no ordenamento brasileiro, preceitua que o credor diante do inadimplemento deve: “adotar uma posição de defesa eficiente dos seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano¹⁶⁶”.

Em outro sentido, o dever do credor mitigar seus próprios prejuízos também guarda relação com o aspecto da boa-fé que veda o exercício de posições jurídicas de forma abusiva, sendo que ao atuar de forma contrária ao dever de cooperação, o credor assume postura omissiva, não colaborando para a efetivação da tutela jurisdicional e ao intentar exercer sua posição jurídica, de forma tardia, consubstancia-se em um comportamento abusivo, o que não pode ser tutelado pelo juízo. Por conseguinte, torna-se importante adotar medidas aptas a sancionar o comportamento desleal praticado pela parte credora, reduzindo o *quantum* apurado em razão das *astreintes*, tendo em vista que o comportamento do credor que viola o dever de mitigar seus próprios prejuízos, decorrente do princípio da boa-fé processual¹⁶⁷.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518, Recorrente Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda., Recorrido Sérgio Meca de Lima, rel. Ministro Vasco Della Giustina, Brasília, DF, 10/06/2010. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 01/07/2010.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518, Recorrente Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda., Recorrido Sérgio Meca de Lima, rel. Ministro Vasco Della Giustina, Brasília, DF, 10/06/2010. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 01/07/2010.

¹⁶⁷ CHALFIN, Renato. *Anotações sobre as astreintes no Novo Código de Processo Civil: o que mudou*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241030,21048-Anotacoes+sobre+as+astreintes+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+que>> acesso em 10 maio 2017 às 14:00, p. 16.

3.3. Modulação do valor das *astreintes* pelo fundamento da teoria *do duty to mitigate the loss*

A questão central que permeia o presente estudo compreende o questionamento se o credor da multa coercitiva possui o dever de impedir o aumento desnecessário e desarrazoado do montante, partindo da premissa da incidência da boa-fé processual no ordenamento jurídico¹⁶⁸.

Conforme descrito no primeiro tópico deste capítulo, a alteração do montante alcançado a título das *astreintes* só se justificará, uma vez que se configura como medida excepcional, a partir da análise de determinados critérios.

A possibilidade da aplicação do subprincípio do *duty to mitigate the loss*, como decorrência do princípio da boa-fé processual, ao instituto da *astreinte*, guarda respaldo no dever imposto ao beneficiário da multa coercitiva de adotar comportamento, visando inibir o crescimento desarrazoado e desnecessário do montante devido em razão da aplicação da multa¹⁶⁹.

Como descreve Rafael Caselli, a atividade jurisdicional, no que tange à modulação do *quantum* final (compreendido como manutenção ou redução do montante da multa, a depender da análise do caso concreto) devido em razão da fixação das *astreintes*, deve observar, principalmente, o comportamento adotado pelas partes, sobretudo em relação à observância do princípio da boa-fé processual e seus corolários, o dever de cooperação e o dever de mitigar o próprio prejuízo, decorrentes do *standard* ético jurídico imposto pela boa-fé¹⁷⁰.

É significativo deduzir que configura desvio de finalidade da medida executiva das *astreintes*, consolidada como mecanismo que objetiva conferir efetividade as decisões judiciais, o fato de o credor assumir um comportamento omissivo diante do não cumprimento do comando judicial, almejando à execução de valor exorbitante a título de multa coercitiva¹⁷¹. Entretanto, torna-se imprescindível que o juiz proceda ao exame do comportamento adotado pelas partes devedora e credora, a fim de verificar se trata de hipótese que permita a redução do *quantum* atingido pela *astreinte*¹⁷².

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio...*, ob. cit., p. 37.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 620.

¹⁷⁰ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 257.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0000316-57.2013.8.19.0000 – RJ., Agravante Claro SA. Agravado Luiz Carlos de Melo. rel. Desembargador Carlos Santos de Oliveira, Brasília, DF, 10/01/2013. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 22/05/2013.

¹⁷² PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p.310-311.

A importância da incidência de princípios que ofereçam critérios de conformação do comportamento das partes está relacionada à imposição de um padrão ético de conduta, que deve ser observado pelos sujeitos processuais, no tocante da execução. Sendo assim, o credor, ao se portar de forma omissa, ante o inadimplemento do devedor, assume um comportamento caracterizado como abuso de direito, uma vez que atua de forma contrária ao dever de cooperação, que impõe ao sujeito ativo da relação processual a responsabilidade da consecução da tutela jurisdicional efetiva. A partir dessa mesma postura, o credor, igualmente, viola o dever de mitigar seus próprios prejuízos, já que não atuou no sentido de dirimir o dano causado pelo descumprimento da decisão judicial, demonstrando-se, assim, mais interessado na busca da execução do valor exorbitante, atingido a título de multa coercitiva, a perseguir a satisfação do bem da vida que o levou a acionar o judiciário¹⁷³.

Não é lícito, sob a normativa da boa-fé processual, que o montante acumulado em razão da *astreinte* se torne o principal propósito a ser buscado no processo, o que configuraria uma subversão do próprio instituto da *astreinte*, que é caracterizado por ser uma medida acessória, procurando alcançar o adimplemento da obrigação principal¹⁷⁴.

É importante destacar a decisão monocrática proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em Agravo em Recurso Especial nº 1.054.070/RJ. O Egrégio Tribunal foi incitado pelo devedor a reduzir o *quantum* da multa, uma vez que para este a quantia alcançada em razão da *astreinte* extrapolou o valor da obrigação principal, configurando no excesso de multa, não sendo lícito que o patrimônio do devedor a suporte; no entanto, o tribunal negou provimento ao recurso, sendo que o único responsável pelo acréscimo da multa foi à recalcitrância do devedor em cumprir o comando da decisão judicial. Caso o tribunal adotasse a tese jurídica do devedor, estaria estimulando o descumprimento das decisões judiciais e, por consequência, desprestigiando o Poder Judiciário¹⁷⁵.

A incidência do princípio da boa-fé processual deve ser observada por todos os sujeitos processuais. Destarte, para a efetivação de referida tutela, torna-se necessária a colaboração tanto do devedor quanto do credor, sendo que este último deve

¹⁷³ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 312.

¹⁷⁴ GAMELEIRA, Fernanda Figueira. *O dever de mitigar o próprio prejuízo aplicado à execução das astreintes*. 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n3_2014/pdf/FernandaFigueiraGameleira.pdf. Acesso em 17 de mar. 2017 às 15:30, p. 14-15.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.054.070 – RJ., Agravante Caixa Econômica Federal. Agravado Maria Adélia Amâncio de Lima, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 03/03/2017. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 20/03/2017.

atuar no sentido de reportar ao juízo sobre a eficácia da medida executiva escolhida, no que tange sua capacidade de constranger o devedor ao adimplemento da prestação principal¹⁷⁶.

Para Luiz Guilherme Marinoni *et al*, o decurso do tempo, sem que o devedor tenha se sentido pressionado a cumprir a decisão judicial, pela medida executiva escolhida, repercute, diretamente, no acúmulo da multa. Assim, é possível inferir que a *astreinte* não foi apta a cumprir sua finalidade, que é compelir o devedor ao cumprimento da decisão judicial, por meio de constrição patrimonial. Consequentemente, verifica-se que a multa coercitiva, como medida executiva, foi ineficaz¹⁷⁷.

Conforme previsto no caput do art. 537 do CPC/15, são critérios para fixação do valor da multa, a observância dos seguintes pressupostos: a suficiência e a compatibilidade com a obrigação principal, o que é imprescindível para a eficácia da *astreinte* como medida executiva, sendo capaz de exercer coerção sobre a vontade do devedor, compelindo-o ao cumprimento da obrigação¹⁷⁸.

Torna-se importante destacar que, o fato da incidência da multa se protrair no tempo indica que referido meio executivo foi ineficaz, já que não cumpriu o seu fim de constranger o devedor a adimplir a prestação principal. Diante disso, pelo dever de cooperação, previsto no art. 6º do CPC/15, o credor deveria comunicar ao juízo que a medida executiva adotada não foi suficiente para efetivar a tutela jurisdicional, requerendo, assim, a sua substituição¹⁷⁹, ao invés de permanecer, deliberadamente, inerte¹⁸⁰.

O não exercício da pretensão pecuniária pelo credor no decorrer de longo período de tempo, ensejando o crescimento do montante da multa coercitiva, configura-se como comportamento abusivo que viola a boa-fé objetiva ao infringir os deveres de lealdade e cooperação, constitui um ilícito processual, sendo autorizado o magistrado por força a modificar o valor da multa, se fundamentando da teoria do *duty to mitigate the loss* como subprincípio da boa-fé objetiva¹⁸¹.

Conforme preceitua Paulo César Pinheiro Carneiro, a diretriz ética prevista no art. 5º do CPC/15 deve ser observada por todos os sujeitos processuais, encontrando-se incluído nesse conceito a figura do magistrado. Dessa forma, o artigo

¹⁷⁶ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 257.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de processo Civil...*, ob. cit., p. 732.

¹⁷⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários ao art. 537*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 1406.

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio...*, ob. cit., p. 39.

¹⁸⁰ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 270.

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio...* ob. cit., p. 40.

prescreve uma prestação positiva do juiz a fim de guiar sua atuação no processo, em observância ao parâmetro de conduta devida em razão da incidência da boa-fé como norma fundamental de processo. Por força do disposto no art. 139, IV, o juiz, como gestor do processo, deve determinar todas as medidas executivas necessárias para assegurar o cumprimento da decisão judicial. Dessa maneira, em observância ao comando contido no art. 2º do CPC/15 que determina que o processo se desenvolva mediante impulso oficial, ou seja, independente de provocações das partes¹⁸² a não se ater aos deveres estabelecidos no art. 5º, 139, IV, o magistrado se portando de forma inerte ao não reduzir de ofício o valor da multa, segundo determinado no art. 537 §1º, também viola os deveres de cooperação e lealdade inerentes da normativa da boa-fé processual¹⁸³.

Em diversos casos da jurisprudência, já se consagrou a teoria *do duty to mitigate the loss* como fundamento para a redução do montante das *astreintes*, pelo argumento de que não é lícito que o beneficiário da multa coercitiva se aproveite do prolongado descumprimento da decisão judicial, pelo devedor, com o intuito de aferir vantagem patrimonial¹⁸⁴.

Sendo assim, é importante destacar o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a apelação de nº 0017716-65.2009.8.56.0506, que entendeu pela redução do montante da *astreinte*, considerando a violação do dever do credor de mitigar seus danos, pois em que pese a desídia do devedor em cumprir o comando judicial, a postura omissa do credor colaborou para que se configurasse o excesso da multa, pelo fato de não ter requerido ao juízo a substituição da medida executiva ante a ineficácia da *astreinte* em compelir o devedor ao cumprimento da obrigação principal, a fim de alcançar a tutela específica pela qual moveu o judiciário¹⁸⁵.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afastou a incidência da multa coercitiva e converteu a obrigação em perdas e danos, sob o argumento de que o comportamento inerte do sujeito ativo colaborou para que a *astreinte* se tornasse excessiva. Deste modo, ao não tomar as medidas necessárias, para o alcance da tutela específica, o credor pareceu estar mais interessado na execução do

¹⁸² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 143-145.

¹⁸³ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentários ao art. 5º. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao novo código de processo civil...*, ob. cit., p. 68-69.

¹⁸⁴ PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15...*, ob. cit., p. 263.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0017716-65.2009.8.56.0506 – SP., Apelante Luis Marcos Pavanin. Apelados Aimoré Crédito e Financiamento e investimento SA. rel. Desembargadora Maria Lúcia Pizzoti, Brasília, DF, 22/07/2015. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 24/07/2015.

montante da multa, o que configurou em desvio da sua finalidade, não objetivando reparar o dano causado pelo inadimplemento. A agravante, uma empresa de telefonia móvel, permaneceu quatro anos sem proceder ao cumprimento da decisão judicial, que determinou que a parte ré tomasse todas as medidas necessárias, a fim de possibilitar a utilização de linha telefônica pela parte credora, o que culminou no acúmulo da *astreinte* no valor de R\$ 186.428,00. Isto posto, o fator determinante que levou o juízo a afastar a multa coercitiva foi o comportamento desidioso do credor, que não atuou para minimizar os prejuízos causados pelo descumprimento da decisão judicial, fazendo alusão ao disposto no Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, mostrando-se mais interessado no acúmulo do montante da *astreinte*¹⁸⁶.

Referido Tribunal ao conceder provimento, em parte, ao recurso agravo de instrumento interposto por uma concessionária de eletricidade para reduzir o montante atingido pela *astreinte*, que foi fixada a fim de causar pressão psicológica no devedor para que este procedesse ao reestabelecimento de energia pleiteado pelo agravado. Apesar disso, a recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial, perdurou dois anos, o que gerou o montante de, aproximadamente, R\$ 150.000,00 a título de multa coercitiva. O principal argumento que ocasionou a redução da *astreinte* foi o fato de o credor ter permanecido inerte diante da mora do devedor em cumprir o comando judicial, o que configurou como comportamento abusivo e desleal, pois violou os preceitos de conduta estabelecidos pela boa-fé objetiva, sobretudo da teoria do *duty to mitigate the loss*¹⁸⁷.

Em face disso, é possível concluir pela recepção da teoria do direito alienígena *duty to mitigate the loss*, no ordenamento jurídico brasileiro, pois decorre diretamente do princípio da boa-fé processual por seus deveres de cooperação e lealdade. Contudo, é possível que o juiz se utilize de referida teoria, a fim de fundamentar seu *decisum* que reduz o valor da multa coercitiva, haja vista o comportamento inerte do credor, que coloca como objetivo principal do processo a execução das *astreintes*, o que repercute numa subversão, já que a multa possui caráter acessório.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0000316-57.2013.8.19.0000 – RJ., Agravante Claro SA., Agravado Luiz Carlos de Melo, rel. Desembargador Carlos Santos de Oliveira, Brasília, DF, 10/01/2013. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 22/05/2013.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento nº 0066943-09.2014.8.19.0000 – RJ. Agravante Light Serviços de Eletricidade SA, Agravado Carlos Antônio Alves de Araújo, rel. Desembargador Gabriel Zefiro, Brasília, DF, 03/03/2015. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 09/03/2015.

CONCLUSÃO

Antes de tudo, é primordial destacar que, o fato do princípio da boa-fé processual estar previsto no art. 5º do CPC/15 entre as normas fundamentais de processo, expressa a preocupação do legislador em estabelecer um parâmetro ético a guiar as relações processuais. Em razão disso, é possível se inferir pela boa-fé processual, compreendida como norma fundamental, que tal *standard* ético-jurídico incidirá sobre todo o diploma de processo civil.

Assim sendo, denota-se que pela possibilidade e necessidade da aplicação da boa-fé objetiva na fase executiva, a fim de impor aos sujeitos processuais, ao mesmo tempo a necessidade da observância do dever de cooperação, em que ambas as partes são responsáveis pela efetivação da tutela jurisdicional, e da proibição de comportamentos abusivos, isto é, contrários à normativa da boa-fé, o sujeito deve exercer seus direitos conforme os padrões da boa-fé objetiva, o que se configuraria como um exercício inadmissível de posições jurídicas.

Nessa perspectiva, é imprescindível ressaltar a influência do instituto da boa-fé processual na execução da tutela específica, principalmente ligado à escolha da *astreinte* como medida executiva, a fim de compelir o devedor a cumprir a determinação judicial.

Por esse ângulo, o credor deve colaborar para a efetivação da decisão judicial, em decorrência do comando da boa-fé processual. Dessa forma, ao perceber que decorrido lapso temporal suficiente, a multa coercitiva não se demonstrou capaz de direcionar a conduta do devedor a cumprir a decisão judicial, ante a ameaça ao seu patrimônio, o credor deve informar ao juízo, requerendo a substituição da medida executiva, demonstrando, a partir dessa conduta, o interesse na obtenção da tutela específica e não no recebimento de valores exorbitantes a título de *astreinte*.

Ao permanecer inerte diante da recalcitrância do devedor, o credor viola o mandamento de cooperação e o dever de mitigar seus próprios prejuízos, inerentes da boa-fé objetiva como fonte de deveres laterais.

Diante do exposto, é possível concluir que, a postura omissa do credor, diante do inadimplemento, concorreu para que se restasse configurado o excesso da multa, não sendo lícito que o juízo não adote postura no sentido de sancionar conduta que infrinja a cláusula geral da boa-fé processual.

O simples fato de a multa coercitiva ter atingido patamares elevados não é justificativa suficiente para a redução do montante das *astreintes*, pois se esse fosse o

entendimento, acabaria por premiar a desídia do devedor em cumprir os comandos judiciais, o que levaria a um desprestígio do Poder Judiciário.

Nesta oportunidade, conclui-se que a atividade do juiz na modulação da multa coercitiva, quando a mesma atinge nível excessivo, compreendida como o exame pela manutenção ou redução da *astreinte*, deve analisar, sobretudo, o comportamento do credor diante da mora do devedor em satisfazer seu direito, em que pese à fixação da multa como medida executiva. Desse modo, ao observar que o credor mostrou-se inerte, apresentando manifesto interesse na obtenção dos valores referentes à multa coercitiva, caracterizada como um bem acessório é lícito que o juiz reduza o montante da *astreinte*, haja vista prerrogativa do art. 537, §1º, inciso I, sob o fundamento que a parte agiu de forma contrária ao subprincípio da boa-fé processual, *o duty to mitigate the loss*, na medida em que sua conduta inerte impõe ao patrimônio do devedor um dano desnecessário e evitável.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Art. 537. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno [coord.]. Breves Comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva.* Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 126, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 5º. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHALFIN, Renato. *Anotações sobre as astreintes no Novo Código de Processo Civil: o que mudou.* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241030,21048-Anotacoes+sobre+as+astreintes+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+que>> acesso em 10 maio 2017 às 14:00.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes de. *Da boa-fé no direito civil.* 2ª Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2001.

_____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo.* Coimbra: Almedina, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil.* v.5. 7a. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *A multa processual, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil.* Revista de Processo, n. 171, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações.* 4a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAIO JR., Antônio Pereira. *A tutela específica no novo código de processo civil.* v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAMELEIRA, Fernanda Figueira. *O dever de mitigar o próprio prejuízo aplicado à execução das astreintes.* 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n3_2014/pdf/FernandaFigueiraGameleira.pdf. Acesso em 17 mar. 2017 às 15:30.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum.* v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo código de processo civil comentado.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

MOUZALAS, Rinaldo. *Comentários ao art. 467*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Breves Comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Queiroz Fábio. *O Direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva*. Londrina: Revista Scientia Iuris, n. 2, p. 9-28, 2013.

PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/15: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: Juspodivm, 2017.

STEINER, Renata Carlos. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação: da violação positiva do contrato*. Curitiba. 2009. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19178/Versao%20Final%20Renata%20Steiner.pdf?sequence=1>, acesso em 12 fev. 2017 às 23:10.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil - impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamento e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.