

A APLICAÇÃO DAS ASTREINTES NAS ANTECIPAÇÕES DE TUTELA

RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR*

SUMÁRIO: Introdução; A multa coercitiva do art. 461, § 4º, do CPC, e sua aplicação na hipótese de antecipação de tutela; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Neste breve ensaio será proposto o estudo de alternativas legais para se buscar maior efetividade na prestação jurisdicional, com intuito de serem concretizados os dois pilares constitucionais acerca do direito processual, que são, respectivamente, os direitos fundamentais à prestação jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo.

A alternativa proposta será a utilização das *astreintes*, largamente utilizada em outros sistemas processuais, notadamente no sistema francês, no que tange ao cumprimento das obrigações de pagar quantia.

Resta, então, discutirmos se outras técnicas poderão ser utilizadas, sobretudo em razão de o Estado Constitucional vigente consagrar, como direito fundamental do cidadão, uma tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva.

A MULTA COERCITIVA DO ART. 461, § 4º, DO CPC, E SUA APLICAÇÃO NA HIPÓTESE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

As formas tradicionais de execução por quantia certa, previstas tanto no Código de Processo Civil, como também na Consolidação das Leis do Trabalho, basicamente através da expropriação de bens do devedor vêm sistematicamente colidindo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e com o direito fundamental da prestação jurisdicional em um prazo razoável, por diversas razões. Principalmente por não disporem de mecanismos eficazes de coerção, estimulando o prolongamento demasiado e completamente desnecessário do processo, atendendo com isso ao interesse exclusivo do devedor e frustrando a expectativa do credor.

Do mesmo modo, a técnica processual adotada para o cumprimento das decisões que concedem antecipação de tutela, com vistas ao pagamento de

* Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região – Titular da 4ª Vara de Novo Hamburgo. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direito pela PUC-RS. Professor convidado dos Cursos de Pós-graduação em nível de especialização da PUC-RS, UNISINOS, IMED e IDC.

parcelas salariais, também se mostra insatisfatória, inadequada e extremamente morosa. Justamente nestas circunstâncias é que o Estado deveria dar uma resposta ainda mais rápida e eficaz, pois presentes os requisitos exigidos na lei para a antecipação da tutela, sendo apropriada a referência de Teori Zavascki:

A execução imediata das providências antecipatórias, mediante ordens ou mandados a serem cumpridos na própria ação de conhecimento, é a que melhor se adapta às hipóteses de que trata o inciso I, do art. 273 do Código de Processo Civil, nas quais a urgência tem especial realce em face de ser iminente a ocorrência de dano irreparável ao direito. Não teria sentido algum deferir antecipação da tutela para evitar dano iminente e, ao mesmo tempo, submeter o cumprimento da medida a outra ação autônoma, com novos prazos, sujeita a embargos suspensivos. Isso seria incompatível com a própria razão de ser da antecipação.¹

Então, a partir do reconhecimento de grande parte da doutrina de que é dever do Estado prestar jurisdição de maneira efetiva e tempestiva, em cumprimento ao mandamento constitucional que consagra esses direitos fundamentais, cujos direitos gozam inclusive da presunção de imediata aplicabilidade, esta mesma doutrina debate em quais hipóteses o juiz poderá se valer da multa coercitiva como instrumento para concretização das obrigações de pagar. Questiona-se se a multa sempre poderá ser manejada, como regra geral, ou apenas em situações extraordinárias. Aliás, a bem da verdade, o debate não se restringe às duas situações aventadas acima, mas também se há possibilidade legal para utilização da multa processual nas obrigações de pagar.

Os defensores da primeira corrente entendem que a multa pode ser aplicada para se buscar a efetividade da decisão em um prazo razoável. Segundo esta corrente, os artigos 461, 461-A, ambos do CPC, e 84 do Código de Defesa do Consumidor já admitem a utilização da multa para se buscar o cumprimento da obrigação imposta. A lei dos juizados especiais civis – nº 9.099/95, art. 52, inciso V, há muito tempo já autoriza a cominação de multa para entrega de coisa.² Segundo Marinoni, “se a multa já vem sendo utilizada, com enorme sucesso, para dar efetividade diante das obrigações de fazer, de não-fazer e de entregar coisa, não há qualquer razão para a sua não-utilização em caso de soma em dinheiro”.³ Conclui que:

O que se pretende com a multa, em resumo, é evitar que o sistema processual continue a ser utilizado para alimentar a injustiça. Ora, um sistema processual que estimula o inadimplemento do infrator em prejuízo do lesado viola os direitos fundamentais, aqui especificamente o direito

¹ ZAVASCKI, 2005. p. 96.

² MITIDIERO, 2007, p. 95-97.

³ MARINONI, 2004, p. 625.

de proteção de todo cidadão, e, assim, é flagrantemente inconstitucional. Não ver isso é continuar estimulando os infratores – e assim os danos –, os quais certamente prosseguirão entendendo que não é conveniente observar os direitos, pois é muito melhor ser executado.⁴

Marcelo Lima Guerra também defende a aplicação da multa com vistas ao cumprimento das obrigações de pagar quantia, com base na teoria dos direitos fundamentais, fundado ainda em uma interpretação conforme a Constituição. Sustenta que o “direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz o poder-dever de adotar os meios executivos mais adequados à pronta e integral proteção do credor, ainda que não previstos expressamente em norma legal”.⁵

Para os defensores deste pensamento, o direito ao uso da multa visa concretizar um direito fundamental, que é o da efetividade da prestação jurisdicional em um prazo razoável.⁶ Trata-se de um mecanismo de coerção importante para se buscar a concretização da tutela concedida, não tendo como objetivo conferir direito de crédito ou indenização, mas apenas assegurar a efetividade do processo, para a realização do direito, haja vista que esse direito fundamental não pode ser negado.⁷

Em contrapartida, vários são os doutrinadores que entendem ser inviável o uso da multa nas obrigações de pagar em razão da falta de autorização legal, sustentando que a multa somente estaria autorizada para se buscar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do CPC). Dentre os argumentos utilizados está o receio na ampliação dos poderes do juiz, bem como uma possível ilegalidade da medida em razão do legislador não ter feito a escolha da multa como técnica coercitiva para o cumprimento das obrigações de pagar.⁸ Os adeptos desta posição doutrinária defendem um sistema típico de formas processuais, cujo pensamento é alvo da crítica de Mitidiero:

[...] o problema da execução forçada dos créditos seria um problema que tem de ser resolvido em abstrato tão-somente pelo legislador infraconstitucional. Depende de lei, em suma. Ocorre que o Estado Constitucional repugna esse tipo de abordagem do tema.

[...]

⁴ *Ibid.*, p. 628.

⁵ GUERRA, 2003. p. 151.

⁶ Lembra Bedaque que há técnicas previstas pelo legislador que não funcionam (BEDAQUE, 2009. p. 49).

⁷ Conforme lembra João Calvão da Silva, o instituto do *contempt of Court*, por exemplo, procura assegurar respeito pela autoridade, *tão peculiar à sociedade inglesa, salvaguardando o poder judicial contra a resistência ou mal-querer do obrigado.* (SILVA, 1997, p. 384.)

⁸ Eduardo Talamini e Guilherme Rizzo Amaral estão dentre aqueles que não admitem o uso das *astreintes* nas obrigações de pagar sem previsão específica em lei para tanto. (AMARAL In: OLIVEIRA, 2006. p. 121-124), (TALAMINI, 2001. p. 469.)

Haja vista que o Estado tem um verdadeiro dever geral de proteção dos direitos fundamentais, é vedada a insuficiência de proteção desses direitos, sendo natural que se possibilite ao órgão jurisdicional o controle da adequação da proteção outorgada pelo legislador infraconstitucional a essa ou àquela situação material.⁹

Taruffo, abordando o sistema francês, também enfatiza que as *astreintes* não podem mais ser compreendidas exclusivamente como remédio executivo indireto típico de obrigações de fazer, estando este instituto definitivamente consolidado, sendo aplicável a todas as obrigações, inclusive às hipóteses de *condenação ao pagamento de uma soma em dinheiro*.¹⁰ Conclui Taruffo acerca das *astreintes* que:

É, hoje, isto sim, um instituto geral, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação dos pronunciamentos do Juiz.¹¹

Compartilhamos da crítica exarada por Mitidiero, porquanto o dever de efetivar os direitos fundamentais e de concretizar a decisão judicial não é exclusiva do legislador, sendo esta posição não apenas um mero discurso romântico, mas uma conclusão exarada do próprio texto constitucional, notadamente do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, combinado com o § 1º do mesmo dispositivo. Enfatiza Marcelo Lima Guerra que o “reconhecimento do direito à tutela executiva significa que as opções do legislador não podem ser mais consideradas absolutas, nem para autorizar nem para vedar o uso de meios executivos”.¹²

Todavia, não estamos dentre aqueles que defendem a aplicação geral e irrestrita da multa nas execuções para entrega de quantia certa, tendo em vista que o sistema vigente estabelece uma regra geral para concretização dessas obrigações, que vem a ser a expropriação de bens, consoante já restou exposto. Essa opção feita pelo legislador deve ser respeitada, não significando dizer que em casos especiais o juiz não possa se valer de outra técnica processual, como a multa processual. Ademais, é importante a lembrança de Marinoni, de que não há previsão legal específica para a execução de tutela antecipatória de soma em dinheiro, o que não deve nos remeter, simplesmente e unicamente, à expropriação de bens:

O fato de não existir previsão específica para a execução de tutela antecipatória de soma em dinheiro não pode significar que o legislador processual está dizendo aos operadores do direito que a sua execução deve se submeter à via expropriatória, própria à sentença condenatória.

⁹ MITIDIERO, 2007, p. 99.

¹⁰ TARUFFO, 1990, p. 85.

¹¹ TARUFFO, loc. cit.

¹² GUERRA, 2003, p. 151.

Essa interpretação retiraria qualquer utilidade à tutela antecipatória e constituiria grave afronta à idéia de que as normas processuais devem ser interpretadas à luz do direito material e dos direitos fundamentais, especialmente importando, no caso, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.¹³

Sustenta Marcelo Lima Guerra:

Não resta dúvida de que, na análise do uso de medidas coercitivas na tutela das obrigações de pagar quantia, a multa diária merece ser tratada em primeiro lugar. Isso porque se trata de medida coercitiva difundida, com as devidas peculiaridades, nos principais ordenamentos jurídicos contemporâneos.¹⁴

Os princípios da legalidade e da separação de poderes devem ser observados, muito embora devam ser compreendidos sob um prisma constitucional.¹⁵ Não deverão implicar num engessamento no exame do caso em concreto, quando poderá ser utilizada a multa processual nas situações em que restar verificada a insuficiência do binômio condenação-execução forçada, o que deverá ser feito mediante um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade.

Isto é, se a técnica expropriatória não é satisfatória a ponto de ser eficiente para tutela da *res in iudicium deducta*, conforme enfatiza Mitidiero, é porque a previsão legal é inadequada para proteção daquele caso específico, devendo ser desconsiderada.¹⁶

Trazendo como exemplos o direito a alimentos e o direito ao salário, sustenta Bedaque que:

nesses casos os processos condenatórios e executivo, ou mesmo o denominado processo sincrético (fases condenatória e executiva), cuja tutela é eminentemente sancionatória, não conferem aos respectivos titulares a tutela adequada, pois o que eles necessitam é de uma tutela urgente, que tenha o condão de prevenir ou de impedir a continuidade da violação.¹⁷

Evidentemente que o afastamento inicial da técnica executiva expropriatória, mediante a utilização da multa coercitiva, deve ser amplamente motivado, sobretudo com base no postulado da proporcionalidade, a fim de que esta atitude não se reverta de traços arbitrários.

¹³ MARINONI, 2004, p. 629-630.

¹⁴ GUERRA, 2003, p. 153.

¹⁵ ÁVILA, 2009, p. 171.

¹⁶ MITIDIERO, 2007, p. 103.

¹⁷ BEDAQUE, 2009, p. 50.

Inicialmente é necessário deixar claro que entre a técnica processual aplicável a um caso específico e a tutela jurisdicional pretendida existe uma nítida relação de meio e fim.¹⁸ Esta premissa é indispensável, pois o postulado da proporcionalidade pressupõe uma relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Em síntese, o meio empregado deve levar ao fim.¹⁹

Reconhecida esta relação de causalidade, entre a técnica processual a ser empregada (meio) e a concretização da decisão judicial (fim) devem ser procedidos os três exames fundamentais do postulado da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na análise da adequação, busca-se examinar se o meio oferecido pelo legislador, no caso a expropriação de bens, promoverá o fim – a efetividade, com o cumprimento da obrigação de pagar.²⁰ Se a medida utilizada não realizar a finalidade esta medida se mostrará inadequada, porquanto somente poderá ser considerada adequada se o fim for efetivamente realizado no caso concreto.²¹ Esta exigência é consequência do princípio constitucional da prestação jurisdicional efetiva, pois um meio jamais poderá ser considerado adequado quando não vier a promover minimamente o fim a ser almejado.²²

Segundo Taruffo,

muito comumente a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva se colocam essencialmente na base do princípio da adequação, segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto.²³

Assim, se a expropriação promove o fim em um prazo razoável não cabe ao juiz utilizar outra técnica processual, em respeito à vontade objetiva do legislador, que em abstrato trouxe a solução para os casos concretos. Todavia, se a conclusão é diversa, tem o juiz a possibilidade de utilizar a multa como técnica capaz de realizar o fim pretendido, a partir da demonstração que o meio legal proporcionado pelo legislador não é adequado para promoção do fim. Na hipótese de antecipação de tutela, o fim pretendido deve ser alcançado com urgência; isto é, de forma imediata, não havendo, nem

¹⁸ MITIDIERO, 2007, p. 104.

¹⁹ ÁVILA, 2009, p. 160.

²⁰ Segundo Gamonal, a adequação significa que o legislador ao estabelecer uma medida determinada deve considerar que seja idônea, no sentido de que deve ser apta para o fim perseguido.

²¹ Enfatiza Ávila que os princípios justamente estabelecem o dever de promover fins (ÁVILA, 2009, p. 163).

²² Ávila enfatiza que o exame da adequação redundará na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Isto é, deve ser afastado o meio escolhido pela autoridade se ele for manifestamente menos adequado que outro (Ibid., p. 170-171).

²³ TARUFFO, 1990, p. 78.

mesmo, oportunidade e cabimento para se aguardar por um lapso razoável de tempo.²⁴ Lembre-se da lição básica do postulado da proporcionalidade, sintetizada por Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim.²⁵

Relativamente à antecipação de tutela, sustenta Mallet:

Adotará o juízo as medidas mais adequadas para, com a brevidade possível e observadas as circunstâncias do caso concreto, efetivar o pagamento da quantia antecipadamente deferida, até porque, do contrário, as inevitáveis delongas do processo de execução tirariam toda eficácia da decisão prolatada em caráter de urgência. Poderá, em consequência, servir-se de quaisquer dos expedientes mencionados no item anterior, inclusive fixando multa diária em caso de não pagamento da quantia arbitrada, ou mesmo determinar a apreensão de valores encontrados em poder do demandado, repassando-os de imediato ao credor.²⁶

Na verificação do requisito da necessidade, cuida-se em saber se dentre os meios disponíveis para promoção do fim não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados.²⁷ Deve ser analisado precipuamente se a multa mostra-se necessária para implementação do fim, que no caso em discussão vem a ser a entrega de quantia certa, sendo que no cumprimento de uma antecipação de tutela busca-se a entrega dessa quantia certa em caráter de urgência, de forma imediata. Se a efetivação da decisão judicial pode ser alcançada sem o uso da multa, esta técnica não se mostra adequada e necessária, tendo em vista a realização do fim por outro meio (no caso a expropriação de bens). No entanto, se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva estiver em risco com os meios legais oferecidos pelo legislador, será necessária a utilização de outra técnica para que este direito fundamental do cidadão seja concretizado.

Por fim, resta investigar se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ao se verificar a proporcionalidade em sentido estrito. Um meio é proporcional em sentido estrito se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.²⁸ Com isso, em suma, busca-se identificar se o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição aos direitos fundamentais afetados. Somente será desproporcional a medida se a importância do fim

²⁴ MARINONI, 2004, p. 633.

²⁵ ÁVILA, 2009, p. 159.

²⁶ MALLET, 1999, p. 127.

²⁷ ÁVILA, *op. cit.*, p. 161.

²⁸ ÁVILA, 2009, p. 173.

não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é interessante a lição do professor da Universidade de Munique, Heinrich Scholler:

No caso de um conflito entre objetivos constitucionais, há que proceder, no que diz com a relação entre meios e fins, a uma cuidadosa ponderação dos bens em pauta, devendo ser priorizada, na avaliação da medida restritiva, a posição jurídico-constitucional mais importante.²⁹

Desse modo, muito embora se reconheça que se trata de um exame complexo, revestido de uma avaliação fortemente subjetiva³⁰, a busca da entrega de quantia certa para concretização da prestação jurisdicional efetiva justifica a adoção deste meio, que apenas se mostrará desproporcional quando o mesmo fim possa ser alcançado mediante o uso da expropriação.³¹

Incide na hipótese justamente o postulado da proporcionalidade, na sua dimensão processual, com intuito de tutelar o direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. A propósito assevera Guerra Filho:

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais, passível de se derivar da ‘cláusula do devido processo’.³²

Assim, mediante a utilização do postulado da proporcionalidade é possível a utilização de técnica processual diversa daquela escolhida pelo legislador, quando esta for insuficiente, isto é, inadequada para promover o fim. Na lição de Mitidiero:

Tem de demonstrar, na motivação da decisão, as razões pelas quais naquela circunstância em específico (a) mostra-se adequado ordenar sob pena de multa coercitiva (deve justificar por que esse meio leva à realização do fim), (b) oferece-se necessário ordenar sob pena de multa coercitiva (tem de justificar por que esse meio é imprescindível para a ótima realização do fim) e (c) releva-se proporcional ordenar sob pena de multa coercitiva (precisa apontar a razão pela qual o alcance do fim fundamenta uma maior restrição à defesa daquele que deve cumprir a ordem). Uma vez realizada essa valoração, e devidamente motivada, legitima-se o emprego da multa coercitiva para tutela das obrigações de pagar quantia.³³

²⁹ SCHOLLER, 1999, p. 106.

³⁰ Como enfatiza Ávila (*op. cit.*, p. 173).

³¹ Segundo Ávila, o exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. No exame da proporcionalidade em sentido estrito, sustenta que devem ser analisadas as possibilidades de a finalidade pública ser tão valiosa que justifique tamanha restrição (*Ibid.*, p. 162-163).

³² GUERRA FILHO, 2005, p. 267.

³³ MITIDIERO, 2007, p. 104-105.

Com o intuito de se buscar a justiça no caso em concreto, o postulado da razoabilidade também se mostra um importante mecanismo para a concretização da decisão judicial mediante o uso da multa coercitiva.³⁴ Ressalta Humberto Ávila que:

Mesmo nos atos gerais pode-se, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos. Na hipótese de atos individuais, em que devam ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, o meio necessário será aquele no caso concreto.³⁵

Lembra Bedaque que “muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”.³⁶ O postulado da razoabilidade impõe que sejam sopesadas as singularidades para a aplicação ou não da norma geral, na medida em que opera justamente na interpretação das regras gerais com o escopo de buscar a justiça no caso em concreto. Segundo Ávila, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo considerado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal.³⁷ Se a regra que institui a técnica da expropriação não irá promover o fim pretendido, muito embora possa incidir no caso em exame, deve ser afastada em razão das especificidades da situação analisada.³⁸ E o fim pretendido, quando da concessão de uma antecipação de tutela, deve ser atendido com urgência, consoante se depreende da lição de Zavascki:

Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência.³⁹

³⁴ Conforme Calvão da Silva, esta sanção pecuniária tem como objetivo constranger e determinar que o devedor cumpra a sua obrigação (SILVA, 1997, p. 355).

³⁵ ÁVILA, 2009, p. 171-172.

³⁶ BEDAQUE, 2009, p. 69.

³⁷ ÁVILA, *op. cit.*, p. 154.

³⁸ ÁVILA, 2009, p. 152-154.

³⁹ ZAVASCKI, 2005, p. 27-28.

No Processo do Trabalho, quando reiteradamente a antecipação de tutela para pagamento de quantia certa se refere ao adimplemento de parcelas salariais, de natureza alimentar, inadimplidas pelo empregador ou por um terceiro responsável solidariamente ou subsidiariamente, uma resposta imediata se impõe por parte do Estado, a fim de satisfazer esse direito, indispensável para a sobrevivência e manutenção das condições mínimas de dignidade do trabalhador e de sua família. Nessas circunstâncias, além do dever de efetividade por parte do Estado, está também em risco a própria dignidade⁴⁰ do ser humano trabalhador e de seus familiares; razão pela qual, impõe-se uma resposta imediata e eficiente pelo Judiciário, com vistas ao cumprimento da antecipação de tutela, cujo cumprimento urgente muitas vezes não é alcançado pela via expropriatória, tornado-se imperioso o uso da multa coercitiva, a fim de que seja alcançado o fim pretendido.

Afinal, se a tutela jurisdicional efetiva em um prazo razoável não será alcançada com a técnica processual da expropriação, a regra que prevê esta técnica deve ser afastada no caso em exame, em virtude das suas particularidades, por não vir a atingir o fim específico, devendo o juiz se valer da multa coercitiva para concretização desse direito fundamental. Enfatiza Bedaque que “a partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão.”⁴¹ Com base no postulado da razoabilidade, afasta-se a regra que prescreve a expropriação, por ser geral e não específica, bem como por se mostrar inadequada ao caso concreto, e utiliza-se a técnica da multa coercitiva, prevista no art. 461, § 4º e § 5º do CPC, seguindo-se, mais uma vez, a lapidar lição de Humberto Ávila:

Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim não é aplicada.⁴²

Portanto, na lição de Mitidiero, “o direito fundamental à tutela jurisdicional implica o reconhecimento da existência de um direito à proteção jurisdicional adequada e tempestiva, “explicitando do seguinte modo:

Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse se apresenta em juízo

⁴⁰ Princípio Fundamental do Estado Brasileiro, expresso no art. 1º, inciso III, da CF.

⁴¹ BEDAQUE, 2009, p. 15.

⁴² ÁVILA, 2009, p. 154-155.

(em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la específica e concretamente em tempo hábil. A adequação da tutela jurisdicional revela a necessidade da análise do caso concreto posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um provimento adequado à situação levada a juízo. É lição antiga, ainda hoje repetida, que a igualdade material entre as pessoas, no processo civil, só pode ser alcançada na medida em que se possibilite uma tutela jurisdicional diferenciada aos litigantes, levando em conta justamente a natureza da controvérsia levada a juízo e suas contingências.⁴³

Destarte, assim como é vedado o uso de razões exclusivamente arbitrárias, em respeito aos princípios constitucionais do Estado de Direito e do devido processo legal, consagrados na Constituição Federal, nos artigos 1º e 5º, inciso LIV, respectivamente, é dever do Estado, no caso do Judiciário, afastar a regra geral no caso específico quando esta norma não se mostrar adequada, por não ser suficientemente apta a atingir o fim pretendido.

Sendo dever de todos os Poderes da República, especialmente do Poder Judiciário, dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo no sentido de prestar a tutela jurisdicional efetiva, não pode o juiz se omitir de utilizar a técnica processual adequada e necessária para concretizar a tutela concedida (inclusive a tutela antecipada – de urgência⁴⁴), podendo e devendo utilizar-se então da multa como instrumento necessário para a efetivação do direito.⁴⁵ A multa somente continuará não sendo utilizada para compelir ao cumprimento das obrigações de dar se continuarmos interpretando as normas processuais apenas sob o prisma das regras processuais existentes no sistema infraconstitucional, especialmente aquelas contidas no Código de Processo Civil, tendo em vista não haver regra processual específica a respeito no que tange a essa espécie de obrigação.

Todavia, se o sistema processual for interpretado a partir do modelo constitucional vigente, como entendemos mais apropriado, não há razão para não ser aplicada a multa nas chamadas obrigações de pagar quando incidentes as hipóteses dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Conforme ensina Marinoni;

o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.⁴⁶

⁴³ MITIDIERO, 2007, p. 92.

⁴⁴ Assevera Zavascki que o conceito de urgência, que enseja a tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição (ZAVASCKI, 2005, p. 28).

⁴⁵ O processualista moderno está comprometido com resultados. Não mais se aceitam a indiferença e a neutralidade quanto aos objetivos (BEDAQUE, 2009, p. 25).

⁴⁶ MARINONI, 2004, p. 235.

Aliás, a legislação processual trabalhista, muito antes da edição da Constituição Federal de 1988, já traz expressamente no artigo 765 da CLT o poder-dever dos juízos e Tribunais velarem pelo andamento rápido das causas, tendo ampla liberdade na direção do processo e podendo determinar quaisquer diligências necessárias ao seu esclarecimento. No século passado, ao comentar o referido dispositivo Russomano já sustentava, a despeito de frisar que o juiz não pode decidir *extra petita* ou *ultra petita*, que:

O juiz do século XX não pode continuar sendo julgado inerte e impotente, que só atua, dentro da ação, quando provocado pela parte; que silencia quando há silêncio e que só fala para ordenar o rito da demanda; que reflete as imagens, como os espelhos, mas que não as cria, nem as renova.⁴⁷

O processo está vivendo mais uma das suas crises, talvez a mais séria de todas elas, porque precisa dar uma resposta eficiente com a prestação jurisdicional buscada pelo cidadão. Nesse sentido, certo está que as técnicas executivas colocadas à disposição pelo legislador infraconstitucional mostram-se, muitas vezes, insuficientes (isto é, inadequadas) para o fim pretendido, que é a efetividade em um prazo razoável. Conclui Bedaque que:

A partir do momento em que tivermos normas processuais adequadas à realidade substancial e interpretadas em consonância com sua natureza instrumental, certamente estaremos muito perto do objetivo tão almejado pela ciência processual: efetividade da tutela jurisdicional.⁴⁸

Assim, é dever do juiz, valendo-se da Constituição, e não apenas da legislação infraconstitucional, buscar uma técnica mais efetiva para o caso concreto, mediante a adoção de critérios objetivos, para se evitar o arbítrio, cujos critérios estão amplamente consagrados e determinados pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse contexto, a multa coercitiva vem a ser instrumento para a realização dos dois basilares direitos fundamentais do Estado Constitucional brasileiro, expressos atualmente nos incisos XXXV e LXXVIII, do artigo 5º da Constituição, consistentes na prestação jurisdicional efetiva e na duração razoável do processo.⁴⁹

CONCLUSÃO

A discussão estabelecida gira em torno da capacidade dos instrumentos jurisdicionais, para assegurar uma tutela eficaz dos direitos, não limitada, evidentemente, à sua mera afirmação por parte do Juiz.

Respondendo a essa indagação, entendemos que o sistema jurídico permite e exige a utilização de outras técnicas para que sejam cumpridas as

⁴⁷ RUSSOMANO, 1963, p. 1310.

⁴⁸ BEDAQUE, 2009, p. 83.

⁴⁹ SILVA, 1997, p. 355.

decisões que impõe o cumprimento da obrigação de pagar quantia, sempre que a sistemática específica oferecida pelo legislador não se mostrar como a mais adequada para a efetivação da decisão judicial, pois, conforme já visto, cabe ao juiz aplicar a técnica processual adequada para efetivar a tutela concedida.

A primeira, e mais importante das premissas, é perceber que o Estado tem o dever de prestar tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva, cujo direito é sabidamente reconhecido como um direito fundamental, sob o ponto de vista formal e material, em nosso sistema jurídico constitucional (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII da CF).

Assim, quando a execução por expropriação de bens não se mostrar adequada, por não vir a atingir o fim pretendido em um prazo razoável, poderá o juiz se valer da multa coercitiva como instrumento hábil e capaz de satisfazer o crédito reconhecido, muito embora se reconheça que a utilização dessa técnica processual exija uma argumentação jurídica consistente, amparada essencialmente nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GAMONAL C., Sergio. *Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MALLET, Estêvão. *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A Tutela Inibitória*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 2. ed., v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, nº 183, maio 2010, p.165-194.

MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A Concretização da Tutela Específica no Direito Comparado. In: TESHEINER, José; PORTO, Sérgio Gilberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 125-149.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, São Paulo, nº 2, 1999. p. 93-107.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. *A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 59, 1990. p. 72-97.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.