

O princípio da proporcionalidade como critério balizador para a aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça praticado na fase de execução

Bruno Moraes Faria Monteiro Belem
Procurador do Estado de Goiás
Especialista em Direito Constitucional/UFG
Membro do Instituto Goiano de Direito Constitucional
Membro da Comissão de Estudos Constitucionais, Doutrina e Legislação da OAB-GO
(biênio 2007/2009)

INTRODUÇÃO

Não são raros os casos em que o juiz aplica multas em desfavor dos sujeitos de uma relação jurídica processual em decorrência da sua recalcitrância em cumprir determinado comando judicial ou mesmo diante de comportamentos que violem os princípios da boa fé e da lealdade processuais.

Ao contrário do que comumente se pensa, o que o direito inglês denomina de *contempt of court* designa, especificamente, um conjunto que envolve a qualificação jurídica de determinadas *condutas* que afrontem a dignidade da justiça, o poder de reagir a essas ações, bem como as medidas utilizadas nessa reação judicial.

Segundo Marcelo Guerra, a literatura inglesa utiliza expressões mais precisas para designar as formas de reação do Estado contra os atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, como *contempt sanctions* (poder de aplicar sanções) e *contempt proceedings* (procedimentos mediante os quais se apura a ocorrência da conduta ofensiva).¹ Neste singelo trabalho, cuidar-se-á de examinar tão-somente a multa por ato ofensivo à Justiça prevista no art. 600 do CPC.

O Código de Processo Civil trata da multa aplicada pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça em dois dispositivos: no art. 14, parágrafo único, em se tratando de conduta que obstaculize a tutela jurisdicional perpetrada na fase de conhecimento, e no art. 600 na hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça praticado pelo devedor já na

¹ GUERRA, Marcelo. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/seriecadenos/vol23/artigo15.pdf. Data de acesso: 06/08/2009.

fase de satisfação do direito. A primeira, se não paga, deve ser inscrita em dívida ativa da União ou do Estado²; a segunda será revertida em favor do executado.

Por ora, buscar-se analisar a possibilidade de o juiz, já na fase de execução, reduzir ou até mesmo relevar a multa aplicada à parte por ação ou omissão que tenha representado ofensa à autoridade da justiça, bem como definir os critérios que devem orientar o magistrado na fixação da multa.

1) Multa por ato atentatório à dignidade da justiça praticado pelo devedor

O ato atentatório, que, a despeito de prejudicar a parte, representar ofensa ao provimento jurisdicional, enseja a aplicação de multa, em relação à qual avultam os poderes de discricção do magistrado, que deverá fixá-la de acordo com a gravidade da ofensa. Como incorrigivelmente ensina Araken de Assis, “*no caso de reversão à parte ofendida, o valor da multa se limitará ao do dano realmente sofrido*”.³

É importante que se diferencie a multa arbitrada com espeque no art. 461 do CPC (*astreintes*) e a sanção pecuniária imposta de acordo com os arts. 600 e 601 do mesmo estatuto.

A primeira tem por escopo compelir, indiretamente, o devedor a adimplir a obrigação, que por sua natureza especial, não poderia ser cumprida por terceiro. Por isso, costuma-se dizer que o seu valor deve ser alto, justamente porque tem natureza inibitória e não de compensação ou ressarcimento, a fim de se evitar que o obrigado possa exercer juízo de conveniência ou oportunidade entre pagar a multa ou cumprir a obrigação específica. A finalidade da *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas compeli-lo a realizar a obrigação devida.

De outra parte, a multa do art. 601 presta-se, imediatamente, a indenizar a parte prejudicada pelo ato omissivo ou comissivo atribuído ao litigante faltoso e, apenas mediamente, inibir condutas que atentem contra a dignidade da justiça.

De acordo com o art. 600 do CPC, considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execução;

² Daí porque, nesse caso, operar-se-ia a confusão, modalidade de extinção da obrigação, caso a multa fosse aplicada em desfavor dos Estados quando estes funcionarem como parte na Justiça Estadual, ou da União quando esta estiver litigando na Justiça Federal (comum ou especial), o que tornaria a medida manifestamente ineficaz quando aplicada em desfavor da Fazenda Pública.

³ ASSIS, Araken de Assis de. *O contempt or Court no direito brasileiro*. Revista Jurídica, Porto Alegre - RS, v. 318, p. 07-23, 2004.

III – resiste injustificadamente às ordens judiciais; e IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Embora a responsabilidade decorrente da litigância de má-fé seja responsabilidade processual, o dano também há de estar presente, e a doutrina utiliza o termo *prejuízo* equivalente a *dano* (aí incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes). Nesse caso, fica claro que os limites e percentuais para a indenização dependem sempre da ocorrência do dano, quer seja moral ou material; certo é que dano deve haver.

Frise-se que quando a parte pretender a indenização por danos materiais eventualmente experimentados, deverá comprová-los cabalmente. Esse o motivo de alguns doutrinadores questionarem sobre a possibilidade de haver liquidação da multa somente por arbitramento.⁴

Fica o questionamento: está o juízo da execução autorizado a rever o *quantum* da multa arbitrada por ato atentatório à dignidade da justiça? A resposta a esta indagação não poderia deixar de ser positiva.

Como é sabido, uma sanção de natureza processual não pode ter caráter espoliativo e, muito menos, dar ensejo ao enriquecimento sem causa da parte contrária. Tanto é assim que o legislador pátrio, preocupado com o problema, na revisão implementada em 1994 através da Lei n.º 8.953, ampliou o texto dos arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil, atribuindo ao juiz o poder para, nas execuções de obrigações de fazer e de não fazer, reduzir o valor da multa neles prevista, caso esta se mostre excessiva.

É bom que se diga também que a multa prevista no art. 601 do CPC não consubstancia um direito de crédito para a parte contrária. E é por não ostentar direito de crédito, que o valor da multa pode ser reduzido ou até mesmo excluído, no que não se verifica qualquer ofensa a direito do suposto credor.

Importa frisar que mesmo quando a multa constar de título executivo judicial, *ex vi* do já invocado parágrafo único do art. 644 do estatuto instrumental, pode ser ela modificada pelo juiz da execução, sem que isso implique ofensa à coisa julgada.

De acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵, a modificação do valor da multa não implica violação ao postulado da coisa julgada, mas sim aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* de que se reveste a decisão ou a sentença na parte que fixa o valor da multa diária. Em outros termos, a multa persiste enquanto perdurar a

⁴ OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira – *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000, p.81.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 587.

recalcitrância do obrigado. Sobrevindo situação fática distinta daquela que havia quando da definição da multa e do seu valor esta deve ser modificada ou até mesmo relevada.

Aliás, essa interpretação quase que literal do mencionado parágrafo já encontra eco na doutrina e na jurisprudência, tanto que o Centro de Estudos e Debates do 2º Tribunal de Alçada de São Paulo (CED), enfrentando a questão no que se refere aos títulos extrajudiciais (art. 645, CPC), em seu trigésimo oitavo enunciado, à unanimidade, consagrou o seguinte entendimento: "*A redução da multa de que trata o art. 645 do Código de Processo Civil não ofende o ato jurídico perfeito*".⁶

Apenas para exemplificar, no que toca aos poderes do órgão judiciário na fixação e adequação do valor da multa do art. 461, § 5º, do CPC, o legislador prescreveu que "*O juiz poderá, de ofício, modificar [ou seja, diminuir ou aumentar, se for o caso] o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva*".

Demais disso, o parágrafo único do art. 601 faculta ao magistrado relevar a pena imposta se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo 600 e apresentar fiador idôneo que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

2) O princípio da proporcionalidade como critério orientador para a fixação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça

Como tratado acima, se o legislador reservou ao juiz a faculdade de sufragar a aplicação da multa, *a fortiori*, terá ele o poder de reduzir o seu valor, quando verificar que a obrigação fora, sem que houvesse prejuízos aos credores, devidamente cumprida, ou, ainda, que o valor arbitrado represente, de um lado, ônus excessivo ao obrigado, e, de outro, enriquecimento ilícito do credor, já que, nos termos do art. 601, parágrafo único, do CPC, o valor da multa reverterá em proveito do credor, podendo, inclusive, ser exigida na própria fase de execução.

Nessa quadra calha trazer à luz importante lição de Luiz Guilherme Marinoni sobre o que ele denominou "*efeito perverso*" da multa⁷:

Entenda-se por efeito perverso da multa, a situação gerada ao réu diante do acúmulo do valor da multa em face do não cumprimento da decisão judicial,

⁶ CED - 2º TASP - Enunciado nº 38 - unânime - in Código de Processo Civil e Legislação Processual, Theotônio Negrão, 31ª Edição, p. 671, Editora Saraiva: São Paulo, 2000.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Vol. 03 (Execução), São Paulo: RT, 2007, p. 83.

exatamente quando tal valor se torna muitas vezes superior ao da obrigação inadimplida ou ao dano praticado.

Trata-se de questão relacionada com a cumulação da multa com o ressarcimento, que faz surgir um enriquecimento sem causa e uma dívida sem nexos com a razão da sua primária instituição.

O problema do enriquecimento ilícito em virtude da cumulação da indenização com a soma correspondente à *astreinte* vem preocupando a doutrina francesa. Como adverte André Tunc, se é legítimo que a parte que não satisfaz o direito reconhecido ao seu adversário seja apenada, é contrário aos princípios que seu adversário possa obter uma soma maior do que aquela que compense o prejuízo que sofreu. Jean Carbonnier, raciocinando nesta mesma direção, argumenta que se a *astreinte* objetiva assegurar a efetividade das decisões judiciais, seria racional que o seu montante revertesse ao Estado.

(...)

Realmente, o lesado tem direito a obter o valor em dinheiro equivalente ao da obrigação ou do dano, e nunca um valor que, além de equivaler à prestação inadimplida ou ao dano, acrescente algo mais ao seu patrimônio. Este “algo mais”, por ser desprovido de fundamento, por ser desprovido de fundamento pode significar enriquecimento sem causa.

O valor imputado à parte executada a título de multa deve adaptar-se ao postulado constitucional da proporcionalidade⁸. Esse princípio apresenta-se como ferramenta para a solução dos casos de colisão de direitos, de forma a tutelar uma multiplicidade de interesses coexistentes, reforçando o papel da jurisdição constitucional como garantidora de uma ordem jurídica justa.

É certo que na relação jurídica processual, já em fase de execução, há, de um lado da balança, o direito à satisfação das condições jurídicas de vantagem judicialmente reconhecidas pelo título judicial, e, do outro, o direito de o obrigado pelo título judicial se submeter a um comando judicial justo (devido processo legal substancial).

Verificando-se estarem em rota de colisão dois direitos igualmente reconhecidos pela Carta da República como fundamentais⁹, de nenhuma utilidade serão os métodos tradicionais de interpretação, *e.g.*, gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Para a solução dos denominados casos difíceis (*hard cases*) faz-se necessário o emprego do princípio da proporcionalidade ou da ponderação de interesses.

⁸ Não se pretende se imiscuir na distinção feita por parcela da doutrina a respeito da diferença terminológica entre postulados e princípios constitucionais.

⁹ Não se insere no âmbito de análise deste singelo ensaio o estudo sobre a distinção entre normas-princípio e normas-regra. Por ora, mencione-se apenas que Ronald Dworkin, na famosa obra *Taking Rights Seriously*, estabeleceu dois critérios para se diferenciar as regras dos princípios segundo duas idéias básicas: a primeira, a do *tudo ou nada* (*all or nothing*), e a segunda, a do *peso* ou da *importância*. De acordo com o renomado professor, as regras ou são aplicáveis por completo ou não são, de modo peremptório. Se os fatos previstos na regra ocorrerem, esta deve incidir de modo “direto e automático”. Já os princípios jurídicos atuam de modo diferente, possuem uma carga valorativa e, dessa maneira, indicam uma direção a seguir.

A ponderação de bens igualmente tutelados pela Constituição só é possível com a aplicação, em cada caso concreto, do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também denominado de proibição de excesso. Para isso devem ser observados alguns pressupostos básicos: a) existência de colisão entre direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, produzindo situações em que a realização de um acarreta a preterição ou restrição do outro; e b) a inexistência *prima facie* de uma hierarquia abstrata entre os direitos em colisão.

A aplicação da proporcionalidade, inaugurado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF), é método que consiste na escolha entre os direitos ou bens em conflito, determinando qual dos direitos prevalecerá em cada caso concreto.¹⁰

No afã de conferir racionalidade ao princípio da proporcionalidade, possibilitando sua aplicação a partir de critérios metodológicos, a doutrina alemã determinou sua decomposição em três subprincípios, quais sejam: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação de meios pressupõe o exame da adequação, da conformidade ou da validade do fim. A adequação diz respeito à verificação se a decisão normativa restritiva (meio) do direito possibilita o alcance da finalidade almejada. Portanto, para se chegar à ilação de que o meio eleito é adequado, o intérprete deve inquirir se ele é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido.

O subprincípio da necessidade também é conhecido como princípio da exigibilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima. Deve-se verificar a existência ou não de medida estatal de restrição, diferente da que se pretende utilizar, mas da mesma forma eficaz e adequada, e que seja menos prejudicial ao direito fundamental restringido. O TCF considera necessária a medida restritiva quando “*o fim não puder ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo*”.¹¹

No princípio da necessidade encontram-se incutidas quatro características essenciais. A primeira é a intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a exigência de confirmação da ausência de medida menos gravosa capaz de atingir o mesmo objetivo. A terceira nota diz respeito à compatibilidade dos meios ou das

¹⁰ Autores como Luis Roberto BARROSO e Gilmar Ferreira MENDES, com fundamento no devido processo legal substantivo (controle da razoabilidade das leis, dos atos normativos e dos atos executivos), consideram que proporcionalidade e razoabilidade são institutos fungíveis. De outra parte, doutrinadores como Willis Santiago GUERRA FILHO, fazem distinção entre razoabilidade e proporcionalidade. O primeiro seria um princípio com função negativa na medida em que controla os limites do que as pessoas em geral considerariam aceitáveis. Já a proporcionalidade representa um princípio com função positiva, indicadores de concreção mediante os princípios parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

medidas de restrição. Inicialmente é preciso verificar qual meio é menos prejudicial. Se houver empate neste quesito passa-se à análise da eficácia. Pergunta-se, então, qual meio se mostra mais eficaz.

Segundo Robert Alexy, as máximas da adequação e da necessidade representam princípios definidores de mandamentos de otimização, tendo-se em conta as possibilidades fáticas em cada caso específico.¹²

Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que Robert Alexy denomina de “*mandado de ponderação*”¹³. Este princípio parcial demanda uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Vale dizer, o sacrifício imposto pela restrição deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.

Daniel Sarmiento afirma que “*O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação*”. Com efeito, na ponderação a restrição imposta a cada interesse em cotejo, diante do caso de conflito entre princípios constitucionais, só é legítima quando se apresentar apta a manter a sobrevivência do bem contraposto, não houver solução menos ofensiva e o benefício almejado com a limitação justificar o grau de renúncia determinado ao interesse adverso.

De acordo com o método acima exposto, tem-se que a aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça deve apresentar-se como a medida mais útil e menos prejudicial para, a um só tempo, inibir a recalcitrância do executado e ressarcir a parte prejudicada pela conduta atentatória do executado. Em todo caso deve-se garantir o direito do sancionado de se submeter ao um devido processo judicial (art. 5º, LIV e LV, da CF/1988).

A estipulação de multa nos termos do art. 600 do CPC deve ter em relevo o princípio da proporcionalidade, com vistas a um só tempo: i) indiretamente, estimular o cumprimento da obrigação por parte do réu; ii) desestimular a oposição maliciosa à execução e a resistência a ordens judiciais; e iii) cuidar de impedir o enriquecimento ilícito do titular do direito vindicado.

Percebe-se, portanto, que a relevação das multas, ou pelo menos a sua redução, em alguns casos, é medida que conservará o núcleo essencial dos interesses contrapostos no caso concreto.

¹² ALEXY, Robert, ob. cit., 1997, pp. 114-5.

¹³ Ibidem, p. 112.

CONCLUSÕES

1) A multa do art. 600 presta-se, diretamente, a indenizar a parte prejudicada pelo ato omissivo ou comissivo atribuído ao litigante faltoso e, indiretamente, inibir condutas que atentem contra a dignidade da justiça;

2) Embora a responsabilidade decorrente da litigância de má-fé seja responsabilidade processual, o dano também há de estar presente, e a doutrina utiliza o termo *prejuízo* equivalente a *dano* (aí incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes). Nesse caso, fica claro que os limites e percentuais para a indenização dependem sempre da ocorrência do dano, quer seja moral ou material, mas, certo é que dano deve haver;

3) Uma sanção de natureza processual não pode ter caráter espoliativo e muito menos dar ensejo ao enriquecimento sem causa, de modo que ao juiz o ordenamento jurídico confere o poder de reduzir ou mesmo relevar a multa aplicada ao executado pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça;

4) O valor imputado ao devedor a título de multa deve adaptar-se ao postulado constitucional da proporcionalidade, de modo que a sua incidência por ato atentatório à dignidade da justiça deve apresentar-se como a medida mais útil aos fins a que se presta e menos prejudicial para a parte contra quem é direcionada;

5) Além disso, deve a multa ser apta a um só tempo inibir a recalcitrância do executado e ressarcir a parte prejudicada pela conduta atentatória, sem, contudo, prejudicar o direito do devedor de se submeter ao um devido processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASSIS, Araken de Assis de. *O contempt or Court no direito brasileiro*, Revista Jurídica, Porto Alegre - RS, v. 318.

_____. *Manual do Processo de Execução*. 6^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 3^a ed., São Paulo, Dialética, 2005.

GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf. Data de acesso: 06/10/2009

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Vol. 03 (Execução), São Paulo: RT, 2007, p. 83.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira. *Litigância de má-fé*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.