

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO CIVIL PREMIAL E O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS
EXECUTIVOS CIVIS**

CARLOS ALBERTO RECHELO NETO

Rio de Janeiro
2021 / 1º SEMESTRE

RR296t Rechelo Neto, Carlos Alberto
Direito Civil Premial e o Princípio da Atipicidade dos Meios
Executivos Cíveis/ Carlos Alberto Rechelo Neto.
-- Rio de Janeiro, 2021.
67 f.

Orientador: Guilherme Kronenberg Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Direito Processual Cível. 2. Economia comportamental.
3. Nudges 4. Efetividade. 5. Atipicidade.
I. Hartmann, K Guilherme.

CARLOS ALBERTO RECHELO NETO

**DIREITO CIVIL PREMIAL E O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS
EXECUTIVOS CIVIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.

**Rio de Janeiro
2021 / 1º SEMESTRE**

CARLOS ALBERTO RECHELO NETO

**DIREITO CIVIL PREMIAL E O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS
EXECUTIVOS CIVIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.

Data da Aprovação: 02/06/2021

Banca Examinadora:

Guilherme Kronenberg Hartmann
Orientador

Haroldo de Araújo Lourenço da Silva
Membro da Banca

Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes
Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2021 / 1º SEMESTRE**

RESUMO

A efetividade é corolário do acesso à justiça, já que a inobservância contumaz de direitos reconhecidos dialoga com o descrédito do Direito enquanto mediador de conflitos sociais. Com vistas a incrementar a celeridade e a efetividade do sistema processual, uma das soluções adotadas pelos legisladores no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 foi conferir maior amplitude de atuação aos magistrados a partir do denominado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade. Neste contexto, sustenta-se que a crescente atipicidade dos meios de execução na esfera cível decorrente da inclusão de artigos como 139, IV; 297 e 536, § 1º do CPC representa, de fato, uma janela de oportunidade para utilização mais ampla de sanções premiais e empurrões (*nudges*) desenhados com base nos conceitos desenvolvidos no âmbito de economia comportamental. Advoga-se que o uso de mecanismos de incentivos e estímulos como meio de satisfação do direito tutelado deveria ocorrer não necessariamente em detrimento dos tradicionais mecanismos típicos e atípicos de cunho negativo, mas a partir de arranjos executivos mistos que melhor explorem os inevitáveis vieses cognitivos e emocionais associados à tomada de decisão por parte dos indivíduos.

Palavras-chave: 1. Direito Processual Cível. 2. Economia comportamental. 3. *Nudges* 4. Efetividade. 5. Atipicidade.

ABSTRACT

In a context of strengthening effectiveness of execution of right, Brazilian legislator has allowed the use of atypical executive measures of any kind, included obligations to pay certain amount. By presenting the doctrinal and the jurisprudential divergences that comes from the inclusion of art. 139, IV; 297 and 536, § 1º of the 2015 Brazilian Civil Procedure Code, this work sustains that this growing tendency of using atypical measures in Brazil represents, in fact, a window opportunity to the use of incentives and nudges based on concept of behavior economy.

Key words: 1. Civil Procedural Law. 2. Behavioral economics. 3. Nudges 4. Effectiveness. 5. Atypicality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
Objetivo do estudo.....	14
1. DIREITO COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL.....	16
1.1. Evolução do entendimento da sanção no direito	18
1.2. A sanção jurídica na visão de Norberto Bobbio.	21
1.3. Posição adotada neste trabalho.....	23
2. SANÇÕES PREMIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
2.1. Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais	28
2.2. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas atípicas	43
3. ECONOMIA COMPORTAMENTAL	48
3.1. Possíveis contribuições advindas da economia comportamental	54
CONCLUSÕES E ALTERNATIVAS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

“Sobre o problema da sanção foram derramados rios de tinta pelos clássicos: quase se poderia distinguir os filósofos do Direito do passado e do presente em duas grandes fileiras, das quais uma é aquela dos ‘sancionistas’ e outra a dos ‘não-sancionistas’. Talvez não haja problema na filosofia do Direito que tenha atraído maiores e mais ferozes discussões, e que tenha sido objeto de maiores indagações e reflexões.”

Norberto Bobbio.

INTRODUÇÃO

No segundo semestre de 2016, estudantes contrários à proposta de emenda constitucional destinada a limitar as despesas públicas por 20 anos (PEC 241) e à medida provisória que reformava as bases para a educação (MP 746) decidiram ocupar, por tempo indeterminado e em sinal de protesto, aproximadamente 1.200 escolas em todo o país.¹

Com o objetivo de viabilizar a desocupação dos estudantes do Centro de Ensino Asa Branca de Taguatinga, o juiz da Vara da Infância e Juventude Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Alex Costa de Oliveira, autorizou, "*como forma de auxiliar no convencimento à desocupação*", a Polícia Militar a utilizar meios de restrição à habitabilidade do imóvel como, por exemplo, a suspensão do corte do fornecimento de água, energia elétrica e gás. Da mesma forma, determinou ainda a restrição de acesso a terceiros, em especial, parentes e conhecidos dos ocupantes, até que a ordem de desocupação fosse cumprida. Decidiu igualmente impedir a entrada de alimentos, assim como autorizou o uso de instrumentos sonoros contínuos, direcionados ao local da ocupação, para impedir o período de sono. Não menos importante, o magistrado ainda reiterou a manutenção destas ações independentemente da presença de menores no local, os quais, "*a bem da verdade, não podem lá permanecer desacompanhados de seus responsáveis legais*"².

Neste mesmo contexto, o juiz federal Rodrigo Gaspar Mello, da 1ª Vara Federal de São Mateus, litoral norte do Espírito Santo, negou liminar para a desocupação do Instituto Federal de Educação (Ifes) em ação de reintegração de posse interposta pela direção da escola³. O magistrado, neste caso concreto, acolheu os argumentos da Defensoria Pública de que a

¹ VALENTE, Fernanda. A ocupação das escolas e a falta de habilidade do Judiciário. **Internet**, Rio de Janeiro, nov.2016. Seção Política. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-ocupacao-das-escolas-e-falta-de-habilidade-do-judiciario/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal. **Decisão interlocutória para desocupação imediata do Centro de Ensino Asa Branca de Taguatinga – CEMAB**. Processo: 0011279-16.2016.8.07.0013. Brasília, DF, 30 out. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/248397/juiz-autoriza-corte-de-agua-luz-gas-e-alimentos-para-forcar-desocupacao-em-escola-no-df>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

³ ESPÍRITO SANTO. 1ª Vara Federal de São Mateus. **Decisão interlocutória para reintegração de posse do IFES em face da União Municipal dos Estudantes Secundaristas de São Mateus e União Brasileira dos Estudantes Secundaristas**. Processo: 0031263-25.2016.4.02.5003 (2016.50.03.031263-5). Espírito Santo, ES, 24 out. 2016. Disponível em: < <https://sinasefeifmg.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2016/11/UTF-8-b-REVDSVPDg08gSU5ERUZFUkIORE8gQSBERVNPQ1VQQcOHw4NPLn5C-0D0A09filename-15C-BkZg-.pdf> >. Acesso em: 29 abr. 2020.

ocupação do IFES não se desenhava como uma questão possessória, mas sim de um movimento legítimo exercício do direito à liberdade de pensamento e à expressão devidamente resguardado tanto pela Constituição Federal, quanto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, introduzida no direito brasileiro em 1992 por meio do Decreto n.º 678/1992⁴.

Mais do que simplesmente ilustrar um exemplo de falta de uniformização do entendimento dos magistrados para fatos bastante similares, estes dois julgados revelam os crescentes desafios de se prover maior efetividade às decisões judiciais sem impactar severamente princípios caros ao direito, tais como o princípio da livre manifestação, da liberdade de ir e vir, da proporcionalidade, da razoabilidade e da boa-fé, apenas para citar alguns. Inegavelmente, a satisfação do direito reconhecido de forma célere e tempestiva é essencial para preservar a confiança dos indivíduos no Direito como mecanismo efetivo de pacificação social e no Estado como mediador de conflitos sociais.

Conforme bem lembra Didier et al.⁵, durante um bom tempo vigorou na prática forense a percepção de que caberia ao órgão julgador proceder à execução valendo-se apenas de meios executivos explicitamente previstos na legislação. Esta tipicidade dos meios executivos era percebida como única via disponível para mitigar eventuais arbitrariedades por parte de juízes e, por consequência, impedir a interferência estatal indevida na esfera jurídica dos indivíduos.

De acordo com Marinoni⁶, esta posição, notadamente liberal, partia do pressuposto de que, se os litigantes são livres para se autodeterminarem no contrato, não caberia ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando a tutela específica da obrigação mediante o uso da multa. Restava aos magistrados o exercício dos meios de execução direta, notadamente, a sub-rogação.

Entretanto, conforme assevera Marcelo Lima Guerra,

⁴ A Defensoria Pública baseou-se no artigo 5º da Constituição Federal que assegura a todos os brasileiros a livre manifestação do pensamento, assim como no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os quais garantem a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento e expressão, podendo-se buscar, receber e difundir ideias e informações, pela palavra, por escritos ou por qualquer outro meio.

⁵ DIDIER Jr., Fredie et al. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** São Paulo: RT, 2004, p. 227 – 272.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: RT, 2004, p. 43.

“é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades”.⁷

Diante dessa inevitável realidade, o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos vem sendo gradativamente atenuado pelo chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz⁸ ou princípio da atipicidade.

Especificamente no ordenamento jurídico nacional, o princípio da atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral aparece expressamente em diversos artigos do Código Processual Civil (CPC), tais como nos artigos 139, IV, 297 e 536, § 1º. Em decorrência disto, são hodiernamente encontrados na jurisprudência fartos exemplos de sanções civis e medidas coercitivas que vão desde a suspensão da autorização de dirigir do devedor, proibição de viajar, retenção de passaporte, suspensão de serviço de redes sociais, proibição do uso da área de lazer pelo condômino inadimplente, proibição de participar em concursos públicos e licitações, bloqueio de contas e cartões de crédito, entre outros.

Mesmo nos casos de aplicação de medidas coercitivas pecuniárias, comumente conhecidas como astreintes⁹, a dificuldade em se estabelecer o *quantum debeatur* adequado igualmente é fruto de controvérsias constantes. Não raras vezes, a inércia do devedor torna a multa bastante representativa, chegando, em algumas ocasiões, a superar o valor da causa em si, como ilustram duas decisões relatadas pela Min. Nancy Andrichi. Na primeira delas, a Ministra não acolheu recurso interposto pela Bunge Fertilizantes S.A para redução de R\$ 10 milhões por não cumprir decisão envolvendo contrato estimado em R\$ 11,5 milhões. Em outro caso, o Unibanco S.A foi condenado a pagar cerca de R\$ 150 mil por descumprimento de decisão a condenação por danos morais de R\$ 7 mil¹⁰.

⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 66.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz**. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, cit., p. 229.

⁹ Astreinte é uma multa diária, fixada pelo órgão julgador, que sanciona o réu ou o executado a pagar determinado valor em caso de atraso no cumprimento de determinada obrigação de fazer ou não fazer. É uma multa cominatória e não reparatória que visa a pressionar o indivíduo a cumprir a obrigação, não substitui-la.

¹⁰ Estes dois casos foram citados como precedentes pelo juiz Fábio Ribeiro Porto, ao negar provimento ao recurso interposto pelo Banco Itaú S.A para redução/eliminação das astreintes no valor de R\$ 52 mil decorrentes de não

De fato, a questão está longe de ser trivial. Esgotados os meios de solução consensual do conflito, o estabelecimento de medidas coercitivas e/ou sanções executivas hábeis a estimular o executado a sair da situação inercial é, não raras vezes, a única alternativa disponível ao magistrado para garantir a satisfação do direito reconhecido de forma célere e, por consequência, respaldar a percepção da sociedade sobre a efetividade da justiça. Um valor insuficiente ou inexpressivo, por sua vez, não servirá como estímulo para que o executado saia da posição inicial, enquanto o eventual exagero na definição destas medidas gera consequências tão deletérias quanto, já que não apenas viola princípios constitucionais como o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, mas também gera incentivos suficientes para que a parte credora deixe de efetivamente cooperar para solução da controvérsia com vias a auferir maior astreinte, o que desnatura o caráter instrumental da medida¹¹. Ao magistrado cabe a árdua tarefa de buscar o ponto de equilíbrio entre a preservação da dignidade do devedor e a promoção da dignidade do credor, a partir da satisfação do seu direito material afetado.

Por fim e não menos importante, a possibilidade de redução/ eliminação subsequente das medidas coercitivas, nos termos do artigo 537 do CPC, tende a impactar a efetividade das ações coercitivas na medida em que desestimula o indivíduo a cumpri-las tempestivamente, já que sempre há a possibilidade de diminuição ou de afastamento da multa, sobretudo quando o valor supera o objeto da demanda original.

Conforme asseveram Luiz Rodrigues Wambier e Newton Ramos¹², potenciais divergências sobre a adequação dos meios coercitivos chegaram recentemente à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. A 4ª Turma, por exemplo, no Recurso em Habeas Corpus - RHC 97.876 de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, considerou desproporcional a suspensão do

cumprimento de obrigação de fazer. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - RECURSO INOMINADO: RI 0056933-67.2007.8.19.0058 RJ 0056933-67.2007.8.19.0058).

¹¹ O REsp 793491 RN 2005/0167371-8 ilustra bem o desafio e a possibilidade de violação da “lógica do razoável” advinda da definição de uma punição desmensurada. A recalcitrância da executada, associada a definição de uma astreinte de R\$ 1 mil/dia, fizeram com que a vencida em processo de obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação no valor original de R\$ 20 mil culminasse com um pedido de execução no valor de R\$ 1.817.166,87. Sob relatoria do Min. César Asfor Rocha, a multa foi posteriormente reduzida para R\$ 5 mil.

¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; RAMOS, Newton. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Internet, Rio de Janeiro, ago.2016. Seção Opinião. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opinioao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

passaporte de um devedor até que a dívida fosse integralmente honrada. O relator entendeu que a retenção do passaporte é medida possível em tese, mas deveria ser cotejada de acordo com a razoabilidade do caso concreto¹³.

Em direção oposta, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 99.606 de relatoria da Min. Nancy Andrighi, entendeu que, enquanto o devedor não indica meios para quitar sua dívida, pode ter seu passaporte bloqueado como meio coercitivo para pagamento do débito. Ressaltou a relatora, na ocasião, que os princípios da atipicidade dos meios executivos e da prevalência do cumprimento voluntário, ainda que não espontâneo, permitem ao juiz adotar meios coercitivos indiretos sobre o executado para que ele, voluntariamente, satisfaça a obrigação de pagar a quantia devida. A Ministra também lembrou que o devedor não propôs meio de menor onerosidade e de maior eficácia da execução, o que representa violação aos deveres de boa-fé e colaboração previstos nos arts. 5º e 6º do CPC/15¹⁴.

Mais recentemente, em 07/04/2021, ao julgar um Embargo de Divergência em Agravo de Recurso Especial (EAREsp) nº 650.536/RJ de relatoria do Min. Raul Araújo, a Corte Superior do STJ consolidou, por maioria de votos, o entendimento sobre a possibilidade de o magistrado revisar, a qualquer tempo e mesmo de ofício, o valor desproporcional das astreintes aplicadas a determinado julgado. Firma-se, deste modo, o entendimento do STJ de que o valor das astreintes previstas no art. 536 do CPC/15 “*é estabelecido sob a cláusula rebus sic stantibus, de maneira que, quando se tornar irrisório ou exorbitante ou desnecessário, pode ser modificado ou até mesmo revogado pelo magistrado, a qualquer tempo, até mesmo de ofício, ainda que o feito esteja em fase de execução ou cumprimento de sentença, não havendo falar em preclusão ou ofensa à coisa julgada*”¹⁵.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso em Habeas Corpus parcialmente provido a fim de desconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do recorrente.** Execução de título extrajudicial. Medidas coercitivas atípicas. Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. Recurso em Habeas Corpus nº 97.876 - SP (2018/0104023-6). Brasília, DF, 05 jun. 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso em Habeas Corpus não provido, mantendo a validade a suspensão da carteira nacional de habilitação e a condição ao direito do paciente de deixar o país sem oferecimento de garantia. Execução de título extrajudicial.** Medidas coercitivas atípicas. Direito de dirigir. Recurso em Habeas Corpus nº 99.606 - SP (2018/0150671-9). Brasília, DF, 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/12/art20181212-01.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Embargo de Divergência em Agravo de Recurso Especial.** Astreintes, revisão para atender ao princípio da proporcionalidade e evitar enriquecimento ilícito. Possibilidade. Precedentes. Agravo não provido (EAREsp 650.536/RJ). Brasília, DF, 07 abr. 2021. Disponível em: <

Objetivo do estudo

Conforme exposto no próprio voto da relatora Min. Nancy Andrighi, o uso de medidas coercitivas atípicas como meio para execução de obrigações diversas pode, em casos mais controversos, gerar colisão de princípios da proporcionalidade e razoabilidade com os deveres de boa-fé processual e colaboração.

Neste contexto, o objetivo desta monografia é não somente abordar algumas das principais divergências doutrinárias decorrentes desta crescente atipicidade dos meios de execução na esfera cível, como também discutir eventuais oportunidades advindas da maior liberdade dos magistrados em se utilizarem dos mecanismos de execução indireta, notadamente, as sanções de cunho positivo. Advoga-se que a falta de efetividade das sanções cíveis hoje presentes poderia ser, ao menos em parte, mitigada com a utilização mais ampla de sanções premiais e empurrões (*nudges*) desenhados de acordo com os mais recentes conceitos desenvolvidos no âmbito de economia comportamental, aproveitando-se, assim, dos inevitáveis vieses cognitivos e emocionais que impactam os indivíduos ao longo do processo decisório. Defende-se, ainda, que o uso destes mecanismos de incentivos e estímulos poderia ser potencializado se utilizado em associação às sanções negativas atípicas, complementando-as.

Embora alguns dos pontos aqui discutidos sejam plenamente aplicáveis a outros ramos do Direito, o foco desta monografia recai única e exclusivamente em dispositivos e discussões doutrinárias relacionadas à esfera cível. Para uma avaliação sobre a evolução do direito premial na esfera penal, recomenda-se a leitura de Costa¹⁶, cujo trabalho trata da evolução histórica de institutos como o da delação premiada.

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/1192505649/resumo-informativo-691-do-stj>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁶ COSTA, Marcos Dangelo da. Delação Premiada. 2008. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) – UDF Centro Universitário, Brasília, 2008.

“Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus.” Ulpiano no Corpus Iuris Civilis

Ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus, ergo, ubi homo, ibi jus. (Onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o Direito; logo, onde o homem, aí o Direito).

1. DIREITO COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL

Seja em função de uma necessidade contingente, seja a partir de uma predisposição natural, é inegável que o homem é dado à associação¹⁷. Entretanto, e conforme lembra Betioli¹⁸, nenhuma sociedade poderia “*subsistir se se omitisse diante dos inevitáveis conflitos de interesses que comumente decorrem no interior da vida coletiva*”. Como os conflitos de interesses são inevitáveis, é fundamental que existam mecanismos para regular a conduta dos indivíduos nas relações com os demais membros da sociedade. E é justamente como um dos mais amplos instrumentos de controle social que o Direito surge como um corolário inafastável da sociedade. O Direito existe na sociedade e em função da sociedade, como bem sintetiza o conhecido silogismo “*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ubi homo, ibi jus*”¹⁹.

O Direito, entretanto, não é o único responsável pela harmonia da vida em sociedade, uma vez que a Religião, a Moral e as Regras do Trato Social igualmente orientam as condutas dos indivíduos e ajudam a mitigar eventuais conflitos originados nas relações sociais. Entretanto, o que diferencia o Direito dos outros mecanismos de controle social?

Conforme ensina Betioli, cada mecanismo de controle social opera em uma faixa própria e de maneira razoavelmente distinta:

“Se há outros instrumentos de controles social, cada um o é em sua faixa própria. A do Direito é reger a conduta social, com vistas à ordem e justiça, e somente os fatos sociais mais importantes para o convívio social é que são juridicamente disciplinados. Assim, o Direito não visa ao aperfeiçoamento interior do homem; esta meta pertence à Moral. Não pretende preparar o ser humano para uma vida supraterrena, ligada a Deus, finalidade buscada pela Religião. Nem se preocupa em incentivar a cortesia, o cavalheirismo ou as normas de etiqueta, campo específico da Regras de Trato Social, que procuram aprimorar o nível das relações sociais.”

E prossegue ainda:

¹⁷ Antonio Bento Betioli, em seu livro *Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica*, discorre sobre as diferentes interpretações da dimensão social do homem. Segundo Platão, o impulso associativo do homem é um fenômeno contingente, já que tal necessidade “corporal” decorre da perda temporária de sua condição de absoluta espiritualidade. Aristóteles, por sua vez, sustenta que o homem é constituído de alma e corpo e, por isto mesmo, é necessariamente ligado a vínculos sociais. Tomás de Aquino igualmente considera o homem naturalmente sociável. Hobbes, Locke e demais contratualistas partem da hipótese de que o impulso associativo é tão somente o produto de um acordo de vontades.

¹⁸ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo, SP Editora Letras & Letras, 1995, p.20.

¹⁹ Onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o Direito; logo, onde o homem, aí o Direito.

“O fato é que o Direito, dentro da faixa que lhe é própria, provoca, pela precisão de suas regras e sanções, um grau de certeza e segurança no comportamento humano, que não pode ser alcançado através dos outros tipos de controle social.”²⁰

O próprio Betioli sustenta que as normas jurídicas se caracterizam por serem normas éticas de *“ordenação heterônoma, coercível e bilateral-atributiva das relações de convivência”*.

Normas éticas são normas imperativas que prescrevem como o homem deve agir. Não indicam, nem aconselham, nem descrevem; determinam, mandam, enunciam algo que “deve ser” cumprido pelos membros de determinada sociedade. Esta imperatividade, entretanto, não significa restrição absoluta à liberdade dos indivíduos para atuarem conforme definido no comando da norma. Muito pelo contrário. Caso os indivíduos decidam violar determinada conduta considerada socialmente desejável, a própria norma prevê os efeitos cabíveis ao transgressor, ou seja, a sanção. Ao lado da imperatividade e da previsão de sanção em caso de descumprimento, as normas técnicas também são caracterizadas pela imposição ao fato contrário, ou seja, pela pressuposição de que o fundamento de validade da norma é preservado mesmo em caso de violação do comando inicial, sem o qual não haveria condições de fixar a responsabilidade do transgressor.

A heteronomia, por sua vez, é, de acordo com Kant²¹, um atributo que prevê apenas a adequação exterior do ato à norma, sem necessariamente condicionar a adesão interna do indivíduo àquilo que foi demandado. Em outras palavras, uma norma heterônoma é aquela que, posta por terceiros, deve ser cumprida com a vontade, sem a vontade ou até mesmo contra a vontade do obrigado. Isto significa que as normas jurídicas valem objetivamente, independentemente da opinião e do querer dos destinatários. Neste sentido, o Direito diferencia-se da Religião e da Moral, já que estas se baseiam em um agir convencido do valor intrínseco das normas por parte do indivíduo respectivamente junto a Deus ou a outros indivíduos da sociedade.

Segundo Miguel Reale²², a bilateralidade-atributiva caracteriza-se por ser não apenas uma norma imperativa que impõe uma obrigação-dever às partes (como os demais mecanismos de

²⁰ BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica. São Paulo, SP, Hermes Editora e Informação Ltda, 1989, p. 17-18.

²¹ apud BETIOLI, 1995, p. 46

²² apud BETIOLI, 1995, p. 52

controle social), mas sobretudo por ser atributiva, ou seja, por possuir a faculdade de ser exigido da contraparte o seu fiel cumprimento²³. Estabelece-se a bilateralidade-atributiva quando *"duas ou mais pessoas se relacionam, segundo uma proporção objetiva, que as autoriza a pretender, exigir ou fazer, garantidamente, algo."*

1.1. Evolução do entendimento da sanção no direito

Por fim e intimamente associado aos objetivos da presente monografia, a coercibilidade revela-se como outra nota distintiva do Direito em relação a todos os demais mecanismos de controle social. Entende-se como direito coercível aquele que goza da possibilidade de invocar o uso da força para se fazer cumprir, se necessário. Esta força institucionalmente organizada, por sua vez, apresenta-se tanto em forma de potência, quanto em ato. A força em potência, aqui entendida como a possibilidade de emprego da força, é comumente conhecida como coerção. A concretização da potência pelo emprego efetivo da força, ou seja, a força em ato, é denominada coação.

Dentre os doutrinadores que acreditam que a coação é um elemento constitutivo e essencial das normas jurídicas, Jhering sustenta que o Direito é uma reunião de regras asseguradoras da vida social, protegidas pelo poder do Estado mediante a coação. Ainda de acordo com Jhering, a *"coação exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do Direito; uma regra de Direito desprovida de coação jurídica não tem sentido, é fogo que não queima, chama que não ilumina."*²⁴.

²³ Na verdade, Miguel Reale desdobra o conceito de bilateralidade atributiva em 4 elementos: a relação intersubjetiva na medida em que une uma ou mais pessoas, a proporção objetiva de forma a excluir o eventual arbítrio de uma das partes, a exigibilidade que resulta em uma relação jurídica inexorável de "ter que fazer" ou um "ter que aceitar" e, por fim, a garantia já que o que foi estabelecido entre as partes goza de coercibilidade, ou seja, da possibilidade de se buscar auxílio do Estado para garantir a satisfação do direito tutelado. Apud BETIOLI, p. 52-53.

²⁴ JHERING, Rudolf von.: **Der Zureck in Rechet** (L'evolution du Droit), trad. De Meulerrasse, Paris, 1901, p. 216

Na mesma linha, John Austin²⁵ define o Direito como um comando dado por um soberano sob ameaça de sanção. Kant²⁶, por sua vez, defende que o Direito é a faculdade de coagir.

Kelsen assevera que o Direito se distingue dos demais mecanismos de controle social não necessariamente por atrelar condutas inapropriadas à uma sanção em sentido lato, já que mesmo a Moral poderá resultar em algum tipo de consequência indesejada ao indivíduo, mas na qualidade da sanção em si, que no Direito vinculará a conduta proibida a uma ordem coativa, devidamente organizada, de modo a regular o emprego da força entre os homens²⁷, aplicável mesmo contra a vontade da pessoa atingida. Segundo Kelsen, “*é na conduta proibida, portanto, que se revelam as potencialidades do Direito, pois sua essência revela-se nas formulações que se destinam a coibi-la, ou seja, sancioná-las.*”²⁸

Para estes doutrinadores coercivistas, não há Direito destituído da coação. O Direito é dotado invariavelmente da força como meio para cumprimento da norma.

Há, por outro lado, aqueles que discordam da afirmação de que a força organizada em defesa do cumprimento de uma regra jurídica é uma marca distintiva do Direito. Herbert Hart²⁹, por exemplo, pontua que o uso da força organizada para solução de conflitos é meramente contingente, já que o direito é, via de regra, cumprido de forma espontânea. Logo, a coação não seria um item essencial, mas acessório ao Direito e sua obrigatoriedade decorre fundamentalmente do juízo de valor do indivíduo, o que inevitavelmente aproxima o Direito da Moral. Ainda de acordo com Hart, a norma é cumprida porque é obrigatória moralmente, ou seja, o respeito à norma origina-se do fato de que os indivíduos a consideram socialmente válida.³⁰

²⁵ AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. Indianapolis: Hackett, 1998.

²⁶ KANT, Immanuel. **Introducion a la Teoria del Derecho**, Ed. Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1954, p. 85

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8º edição, Editora WMF Martins, São Paulo, 2009, p. 37.

²⁸ apud CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Sanção jurídica e prevenção**: Qual o lugar das medidas preventivas na Teoria Geral do Direito? Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 54, nº 214 abr./jun. 2017, p. 52.

²⁹ HART, H. L. A.: **Law, Libert and Morality**, Oxford University Press, 1968.

³⁰ Enquanto Kelsen vê a obrigatoriedade da sanção como pressuposto de se conferir validade à norma jurídica, Hart entende que a sanção é necessária para se conferir eficácia, não validade à norma. Para Hart, se o agente não sofrer uma sanção, não há uma falha na obrigatoriedade de se cumprir a norma. Há uma falha na eficácia desta norma, ou seja, na sua capacidade de produzir efeitos na esfera jurídica do indivíduo sancionado.

Hart igualmente questiona a definição de Direito como ordem meramente coercitiva pelo fato desta corrente ignorar a existência de normas que não trazem em si sanções, como por exemplo, as que definem a organização do Estado e os critérios de validade das normas. Neste contexto, Hart defende a divisão do ordenamento jurídico entre regras³¹ primárias e regras secundárias. As regras primárias destinam-se a estruturar e/ou organizar as condutas humanas e, por isto mesmo, preveem sanções em caso de violação. As regras secundárias, por sua vez, definem competências para criação, alteração ou extinção (regras de modificação), aplicação (regras de julgamento/adjudicação) e critérios de validade das regras primárias (regras de reconhecimento).

Neste mesmo diapasão, Victor Cathrein³² pontua que a coação não é elemento essencial do Direito, já que a própria utilização da força deveria ser regulada pela lei:

“Assim como é impossível conceber a coação como elemento essencial da lei jurídica, depreende-se que mesmo a coação há de ser regulada pela lei. A coação acompanhada da lei não pode converter-se em uma arbitrariedade e em violência. Só pode permitir-se e suportar-se a coação numa sociedade ordenada, quando vá dirigida pela lei. Agora repare, estas leis que têm por objeto a coação e a regulam, compreendem também a coação como elemento essencial? E indaga-se: que lei regula a coação? E assim, ou se fica adstrito a um círculo, ou há de se chegar à conclusão de que uma lei jurídica não encerra a coação como elemento essencial, apenas a autoriza e condiciona.”

Benevides³³, ao discorrer sobre as posições de diversos doutrinadores coercivistas e não-coercivistas, resume que a imposição de um ato de força contra as situações sociais consideradas indesejáveis não é um elemento essencial, mas apenas a perspectiva mais alardeada pelos adeptos das correntes coercitivas.

³¹ De acordo com a teoria de Alexy, uma norma pode ser tanto regra, quanto princípio. A diferença entre regra e princípio recai unicamente no modo de resolução de conflitos: regras devem cumpridas e o único questionamento possível reside na aplicabilidade daquela determinada regra ao caso concreto. Já os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos, em menor ou em maior grau, pela ponderação entre a possibilidade jurídica e a possibilidade real de adequação do fato à norma.

³² CATHREIN, Victor: **Filosofia del Derecho**, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.

³³ BENEVIDES FILHO, Maurício. **O que é sanção?** Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v.34, n1, 2013.

1.2. A sanção jurídica na visão de Norberto Bobbio.

Conforme Salgado³⁴, o conceito de sanção nas obras de Norberto Bobbio transmuta-se ao longo do tempo, saindo-se de uma fase de aproximação com o positivismo jurídico kelseniano, passando por uma fase de tentativa de superação a partir de uma abordagem da função do Direito e chegando a uma fase que o Direito se aproxima da Política.

Para Bobbio, a norma jurídica também se diferencia das outras normas a partir do elemento força. Para o autor italiano,

“a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para forçar o recalcitrante, mas consiste sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força”³⁵.

Em sua abordagem funcional do Direito nas sociedades modernas, a percepção do Direito como mecanismo de controle social coercitivo positivado nasce, segundo o filósofo italiano, de uma abordagem de mínima intervenção estatal na liberdade dos indivíduos e aplica-se sobretudo a sociedades estáveis³⁶. Para Bobbio, sociedades em transformação constante justificam um Direito mais maleável para atender às inevitáveis mudanças sociais, ora mitigando sua função repressora, ora incorporando técnicas sociais para conter preventivamente o ato antijurídico.

Neste contexto, o autor italiano propõe a chamada Teoria das Sanções Positivas, a qual destaca a importância da função promocional do Direito exercida através da criação de uma teia de incentivos, prêmios e retribuições. Neste contexto, enquanto a sanção negativa decorre da violação de uma norma, a positiva é concedida em razão do fiel cumprimento do comando normativo. O Direito perde seu caráter essencialmente coativo e a sanção negativa deixa de ser elemento central do sistema jurídico. O Estado liberal de mínima intervenção transmuta-se em Estado que se utiliza das sanções premiaias para promoção de comportamentos socialmente desejados.

“A noção de sanção positiva deduz-se a contrário sensu, daquela mais bem elaborada do que a sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio

³⁴ SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. 286 f. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

³⁵ Apud SALGADO, p. 88.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**, Fernando Torres Editor, Valência, 1980,

é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem”³⁷.

À bem da verdade, o conceito de sanção positiva não é propriamente uma criação de Norberto Bobbio, já que referências deste conceito podem ser encontradas em autores como Jeremy Bentham e Thomas Hobbes. O próprio Bobbio retrata ter buscado inspiração em autores como Hayek, Parsons, Gibb, Openhein, Carnelutti e Jhering³⁸, muito embora se oponha explicitamente à posição de alguns deles pela percepção diminuta que dão ao conceito de sanção positiva em detrimento à negativa. Interessante notar que mesmo Kelsen já reconhecera a existência de regras com feição premial, muito embora tenha lhes atribuído importância secundária.

“As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação.”³⁹

Desse modo, não há como afirmar que Bobbio inova no conceito de sanção positiva em si, mas o faz a partir da sua utilização como mecanismo de direcionamento do comportamento dos indivíduos⁴⁰. Bobbio, na verdade, reposiciona o conceito de sanção jurídica, que passa a ser entendido não apenas como mecanismo de controle social mais repressivo, mas sobretudo como um elemento importante da promoção da virtude e de comportamento tidos como adequados pela sociedade.

Cabe ressaltar, entretanto, que Bobbio em momento algum rechaça completamente a importância das sanções negativas no ordenamento jurídico, mas tão somente busca trazer maior destaque às sanções positivas como mecanismo adicional para resolução de conflitos e promoção da harmonia social. Para Bobbio, as sanções positivas e negativas não são

³⁷ Apud SALGADO, p. 120.

³⁸ Apud SALGADO, p. 113.

³⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 8º edição, Editora WMF Martins, São Paulo, 2009, p.37.

⁴⁰ Apud SALGADO, p. 123.

excludentes, mas complementares e devem ser utilizadas na medida da percepção da sociedade em relação ao comportamento socialmente aceitos.

Na verdade, o jusfilósofo acreditava em uma gradação qualitativa das sanções, sendo a sanção que leva à violência física a pior e mais gravosa do que as demais:

“Creio fortemente que o único e verdadeiro salto qualitativo da história humana é a passagem não do reino da necessidade ao reino da liberdade, mas do reino da violência ao reino da não-violência.”⁴¹

1.3. Posição adotada neste trabalho

Partindo-se dos argumentos teóricos levantados por Bobbio, a presente monografia realizará no próximo capítulo uma leitura da tendência de maior atipicidade dos meios executivos e explorará, em momento subsequente, sua relação com mecanismos premiais no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente, nas esferas cíveis. Serão também abordados os crescentes desafios e inúmeras controvérsias geradas pela maior discricionariedade de alguns dispositivos incorporados ao Código de Processo Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002).

⁴¹ Apud SALGADO, p. 127.

“O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.”

Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

2. SANÇÕES PREMIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?”

Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?

*Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?”*⁴²

Ainda bem atuais, tais indagações figuram no texto introdutório do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil destinado, por uma Comissão de Juristas, ao então Presidente do Senado Federal, José Sarney em 2009. É fato que este documento sofreu inúmeras revisões e complementações ao longo do processo legislativo, mas a exposição de motivos do anteprojeto revela claramente que uma das principais preocupações (senão a principal) dos integrantes da Comissão era proporcionar um conjunto de normas processuais que proporcionasse à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, dos jurisdicionados de forma simples, célere e, sobretudo, em completa harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Para muitos autores⁴³, a fase da execução sempre foi uma espécie de “elo fraco” do sistema processual, o que fortaleceu a percepção generalizada na sociedade do “ganhou (no processo de conhecimento), mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução).

⁴² SENADO FEDERAL. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**: Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal no 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2010. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁴³ Márcio Thomaz Bastos, ao encaminhar sugestões de revisão nos artigos do processo civil ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 18 de março de 2004, sustenta que “a execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo”. E conclui, “nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.” **EM nº 00034** disponível em: ,http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/34.htm##LS>. Acesso em: 08 maio 2020.

De fato, é imperativo reconhecer que, “*sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade.*”⁴⁴ Ademais, e nos dizeres do processualista Freddie Didier, esta “*crise de efetividade e de eficiência da atividade jurisdicional, especialmente na fase dedicada à efetivação prática dos direitos, contribui negativamente para o descrédito do processo como instrumento efetivo para a tutela das situações jurídicas substantivas.*”

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁵, “*a tutela jurisdicional efetiva não está nas sentenças, mas nos resultados que venham efetivamente a produzir na vida das pessoas*”. Logo, o desenho de dispositivos mais aderentes às demandas sociais que possibilitem o reconhecimento e a realização tempestiva dos direitos dos jurisdicionados é essencial para preservar a confiança dos indivíduos no Direito como mecanismo efetivo de pacificação social e no Estado como mediador de conflitos sociais.

Uma das soluções adotadas pelos legisladores no novo código visando incrementar a celeridade e a efetividade do sistema processual foi conferir⁴⁶ maior amplitude de atuação aos magistrados a partir do denominado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz⁴⁷ ou princípio da atipicidade.

Especificamente no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral aparece expressamente em diversos artigos do Código Processual Civil (CPC), tais como nos artigos 139, IV; 297; 403, § único e 536, § 1º.

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

⁴⁴ Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, 2010.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.452.

⁴⁶ Aqui adota-se o verbo reforçar pois, conforme asseveram Lenio Streck e Dierle Nune, o artigo 139, IV “... aumenta o espectro de aplicação do §5º do artigo 461, do CPC/1973 (atual artigo 536, §1º) permitindo uma cláusula geral de efetivação para todas as obrigações, inclusive as pecuniárias de pagar quantia.” Logo, o novo CPC não inaugura o princípio da atipicidade nos meios executivos, mas apenas o reafirma de maneira mais abrangente, cobrindo inclusive obrigações de pagar.

⁴⁷ DIDIER Jr., Fredie et al. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC**. São Paulo: RT, 2004, p. 43.

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

“Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.”

e

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

E o CPC não é o único diploma com dispositivos que se apoiam no princípio da atipicidade dos meios executivos. O art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, versa, em seu § 5º, sobre a possibilidade de o magistrado contar com medidas coercitivas diversas para a satisfação das demandas atreladas a relação de consumo:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

2.1. Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais

Embora não representem necessariamente uma completa inovação na ordem jurídica brasileira⁴⁸, a adoção do princípio da atipicidade dos meios executivos tem sido objeto de intenso debate na doutrina e na jurisprudência, já que abre ao magistrado a possibilidade de se utilizar de medidas coercitivas diversas, inclusive para satisfação de obrigações pecuniárias. Cabe lembrar que, até a entrada em vigor no CPC de 2015, a cláusula geral de execução estava delineada nos artigos 461, §5º, e 461-A, §3º do CPC de 1973, os quais se limitavam a abarcar apenas as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Não havia qualquer previsão de utilização destes meios executivos atípicos para obrigação de pagar.

Logo, um dos pontos atualmente debatidos pela doutrina e jurisprudência recai justamente na avaliação se a satisfação tempestiva do direito tutelado justificaria ou não o uso de qualquer medida voltada à materialização de decisões judiciais de caráter pecuniário. Mais especificamente, discute-se se cabe ao magistrado restringir direitos individuais como medida coercitiva para satisfação de obrigações pecuniárias ou se tais restrições deveriam apenas se restringir a medidas de cunho meramente patrimonial.

Antes de adentrar ao objeto central desta divergência, é fundamental circunscrever adequadamente a questão. Doutrinariamente, os meios executivos dividem-se em diretos ou indiretos. Dentre os exemplos explicitados por Didier et al. para a execução direta, também conhecida como sub-rogação, tem-se as técnicas de...

⁴⁸ A cláusula geral de atipicidade dos meios executivos foi incluída no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) a partir da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.

“(i) desapossamento, muito comum nas execuções para entrega de coisa, por meio da qual se retira da posse do executado o bem a ser entregue ao exequente (por exemplo, despejo, busca e apreensão, reintegração de posse); (ii) da transformação, por meio da qual o juiz determina que um terceiro pratique a conduta que deveria ser praticada pelo executado, cabendo a este arcar com o pagamento do custo respectivo; ou (iii) da expropriação, típica das execuções para pagamento de quantia, por meio do qual algum bem do patrimônio do devedor serve para pagamento do crédito (adjudicação, alienação judicial ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens, art. 825, CPC.)”⁴⁹.

Didier et al. asseveram ainda que *“a execução indireta pode ser patrimonial (por exemplo, imposição de multa coercitiva) ou pessoal (por exemplo, imposição de prisão civil do devedor de alimentos).”⁵⁰*

Ademais e como bem lembra Medina⁵¹:

“[...] a atipicidade dos meios executivos não se consubstancia em uma regra aplicável a priori. Ao contrário, a regra do sistema continua a ser a da tipicidade dos meios executivos, embora mitigada pelo sistema atípico, cujo uso está autorizado quando frustrados todos os meios executivos típicos disponíveis”.

Daí depreende-se que a aplicabilidade das medidas coercitivas de execução indireta (e conseqüentemente o próprio debate) condiciona-se aos casos em que não são satisfeitas, por inércia do próprio obrigado, as obrigações infungíveis⁵² de fazer e de não fazer ou quando há, em tese, a possibilidade de sub-rogação, mas as providências substitutivas de conduta tendem a ser onerosas e demoradas.

À despeito disto e diante da potencial discricionariedade decorrente da atipicidade dos meios executivos, muitos autores sustentam não ser razoável que uma obrigação patrimonial possa ser satisfeita, ainda que indiretamente, por meio de medidas que recaiam sobre a pessoa

⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Vol5. P.443; Ed Podivm, 2017, p.50-51.

⁵⁰ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Vol5. P.443; Ed Podivm, 2017, p.51.

⁵¹ Apud. WAMBIER, Luiz Rodrigues; RAMOS, Newton.

⁵² Nos dizeres de Maria Helena Diniz, tais obrigações estabelecem um *facere* que, ante a natureza da prestação ou por disposição contratual, só pode ser executado pelo próprio devedor, uma vez que levam em conta suas qualidades pessoais. Logo, não poderiam ser realizadas por terceiros.

do executado, especialmente quando a medida coercitiva⁵³ prevê sanções que, em processos penais ou ações de improbidade, somente são cabíveis após juízo definitivo de cognição exauriente. De acordo com Didier et al, o direito contemporâneo possui uma pretensão imanente em favor do cidadão de não se ver limitado em razão de dívida, exceto na perspectiva patrimonial. Neste diapasão, os autores supramencionados sustentam ainda que, “[...] não por outra razão a simples ausência de indicação de bens pelo executado não pode ser “apenada” com o uso de medidas executivas atípicas, por se considerar sua conduta como “não cooperativa”.

Com o devido respeito àqueles que defendem a completa segregação da visão patrimonial da pessoal, a vedação, a priori, à utilização de medidas atípicas ao patrimônio do devedor, sobretudo quando demonstrada a inércia da parte, não apenas fragiliza a percepção de efetividade do direito perante os tutelados, como tende a incitar o comportamento oportunista do obrigado. De fato, a simples possibilidade de execução atípica na figura do próprio devedor, ainda que potencial e subsidiária, exacerba a percepção de risco das partes, o que pode contribuir para a busca de uma solução minimamente negociada para satisfação tempestiva do direito tutelado. Cabe lembrar que, não raras vezes, a fase executiva é a última via disponível para reconhecimento e satisfação do débito.

Outro ponto de divergência doutrinária advinda da inclusão do art. 139, IV, do CPC de 2015 recai na potencial falta de consistência de decisões judiciais para casos similares. De fato, tal divergência não merece prosperar uma vez que, além de subsidiária, a atipicidade dos meios executivos segue balizas constitucionais e controle de constitucionalidade por parte dos tribunais, nos termos do art. 926 do CPC:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁵³ Cabe lembrar aqui a diferença entre medida coercitiva e sanções negativas. As medidas coercitivas têm caráter instrumental e representam o potencial uso da força “para assegurar o cumprimento da ordem judicial.” Caso a obrigação não seja satisfeita nos termos da decisão judicial, estabelece-se o liame para a sanção. A sanção, por sua vez, representa a punição ou reparação por uma ação julgada repreensível; castigo, condenação, penitência, como, por exemplo, da decorrente de atos de improbidade processual.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

É inegável que a satisfação dos direitos tutelados a partir de meios atípicos impõe um razoável desafio interpretativo quanto à definição dos limites de atuação dos magistrados que, por óbvio, não devem exercer competência discricionária. Conforme bem pontuado no próprio Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico brasileiro adota hoje um modelo constitucional do processo⁵⁴ que, em última instância, veda qualquer “*interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais*”⁵⁵. Logo, qualquer decisão judicial deve ser necessariamente estudada, compreendida e fundamentada em consonância com princípios e regras contidos na Constituição Federal.

Não por acaso, o artigo inaugural do Código de Processo Civil (CPC) prevê que “*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*” Ou seja, as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela.

Implícito em nosso ordenamento jurídico, hodiernamente entende-se o princípio da efetividade como corolário do princípio do acesso à justiça (art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII da Constituição Federal de 1988, já que, conforme assevera Alexandre Câmara, “*os direitos devem ser efetivados e não simplesmente reconhecidos*”. De fato, seria de pouca valia meramente reconhecer um direito se não houvesse meios para garantir sua efetivação. Mais grave ainda, a inobservância contumaz de direitos reconhecidos dialoga com o descrédito das

⁵⁴ Expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. (Turim, Giapicchelli, apud Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, 2010.)

⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; RAMOS, Newton. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Internet, Rio de Janeiro, ago.2016. Seção Opinião. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

instituições judiciais, o que tem potencial impactar severamente e de forma imprevisível a sociedade.

Em estreita sintonia os princípios supramencionados, pode-se citar ainda o art. 4º do CPC que preconiza que *“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”*.

Inevitável mencionar também o princípio da cooperação⁵⁶ que, em breve síntese, representa um dever “negativo” das partes em não criar obstáculos para que o Estado-juiz cumpra seu papel no reconhecimento e satisfação jurisdicional. Na mesma linha, o inciso IV do art. 77 do CPC, por sua vez, determina que é dever de todos quantos participam do processo *“cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”*. Deve-se entender “todos” como a completude dos destinatários de ordens judiciais. Eventuais condutas que não observem o princípio da boa-fé processual ensejam sanções típicas específicas, inclusive no processo de execução, nos termos do artigo 774 do CPC.

Por fim e não menos importante, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade consolidam-se como importantes normas constitucionais para definição de meios coercitivos atípicos. O princípio da proporcionalidade é comumente observado a partir de três elementos: adequação que prevê que o meio coercitivo adotado seja compatível com o fim almejado na execução; necessidade que define que o meio executivo escolhido seja aquele que cause a menor restrição possível aos direitos ao devedor; e proporcionalidade em sentido estrito, que versa sobre a necessidade de se selecionar o meio executivo que tenha vantagens superiores às desvantagens.

Aristóteles, em sua obra A Política, compreende justiça como uma virtude que se localiza na busca de um meio termo, de equilíbrio nas decisões. O princípio da razoabilidade hodiernamente dialoga com esta percepção, uma vez que é a norma que tem como a finalidade balizar as decisões de modo a evitar a escolha de extremos e coibir excessos.

⁵⁶ Equivoca-se aquele que entende princípio da cooperação como um dever de colaboração entre as partes já que, até mesmo pela própria estrutura antagônica do processo contencioso, a expectativa de auxílio à pretensão adversária pela contraparte beira à inocência.

Por óbvio, parte-se aqui do pressuposto que tais princípios constitucionais são suficientes para nortear adequadamente os magistrados na definição de que medidas determinar ao caso concreto e eventuais decisões inconsistentes com as normas constitucionais supramencionadas ou flagrantemente incoerentes com julgados similares poderão, em fase recursal, sofrer revisão pelos tribunais, aos quais caberá, então, uniformizar a prática e corrigir distorções significativas.

Este controle de constitucionalidade ganha ainda mais relevo ao se considerar a maior abrangência da atual cláusula geral de execução em relação ao que previa os artigos até então dispostos no CPC de 1973. De fato, ao optar por incluir o art. 139, IV, CPC no capítulo que estabelece os poderes, deveres e responsabilidade do juiz e não no livro relativo ao processo de execução ou ao título que trata do cumprimento de sentença⁵⁷, o atual CPC permite a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais. Logo, é fundamental que se estabeleça “...critérios dogmáticos seguros para a aplicação desses dispositivos – que constituem, como veremos adiante, cláusulas gerais executivas [...]”⁵⁸, conforme será exposto na seção subsequente desta monografia.

Estas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais não se esgotam mesmo quando as medidas coercitivas possuem conteúdo patrimonial, como ilustram as discussões relacionadas à definição das astreintes. Incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio ainda no Código de Processo Civil de 1973 a partir da reforma processual oriunda da Lei 8.952/1994, as astreintes são meios de coerção patrimonial com objetivo de retirar o devedor da inércia e fazê-lo cumprir a obrigação juridicamente reconhecida⁵⁹.

⁵⁷ Nesse ínterim, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou o enunciado nº 48 que reforça expressamente a incidência do poder geral de efetivação no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução, *ipsis litteris*: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.”

⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie et al. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC**. São Paulo: RT, 2004.

⁵⁹ Hipótese em que o exequente abdica da satisfação do seu direito para manter a aplicação da multa durante longo espaço de tempo. Esta postura foi rotulada pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça como ‘indústria das astreintes’.

As astreintes aparecem explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro no art. 814 do Código Processual Civil (CPC), aqui especificamente para obrigações de fazer e de não fazer:

“Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.”

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo.”

Da mesma forma, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor inclui, em seu § 4º a possibilidade de o magistrado determinar astreintes como medidas coercitivas para a satisfação das demandas atreladas a relação de consumo:

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

[...]

“§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

Conforme o processualista Didier bem assevera, este tipo de multa *“tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva.”* E completa sustentando que *“a multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação.”*⁶⁰ Além de sua natureza coercitiva, as astreintes possuem também caráter pedagógico, pois nos casos marcados pelo inadimplemento, sua fixação serve de elemento dissuasório, capaz de demonstrar aos demais integrantes da sociedade as consequências do descumprimento de uma decisão judicial. Este também foi o entendimento da Min. Nancy Andrighi ao manter, no REsp nº 1.026.19175, a condenação do Banco Meridional do Brasil S.A ao pagamento de aproximadamente quatro milhões de reais advindos de inação do executado associada à multa diária fixada em dez mil reais. Nessa decisão, de 2008, a Ministra

⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Execução. Vol5. P.443; Ed Podivm, 2009.

já sinalizava seu entendimento de que “a astreinte tem caráter pedagógico, e, na hipótese, só alcançou tal valor por descaso do banco”⁶¹.

De fato e de modo similar às demais medidas coercitivas atípicas, o montante a ser definido a título de astreintes deve ser suficiente para motivar que a parte devedora saia da inércia, mas não proibitivamente excessivo a ponto de violar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ou mesmo de afetar a expectativa de satisfação da parte credora em menor período possível.

Neste contexto, uma das divergências doutrinárias relacionadas às astreintes recai na necessidade ou não em se observar a obrigação principal como parâmetro limítrofe à multa. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, sustenta que a multa deve ser definida em quantia suficiente para constranger e ser balizada de acordo com as posses do devedor e a expressão econômica da obrigação:

*“[...] o valor da multa não é definido por lei, podendo variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Deverá, de acordo com sua função, corresponder a uma quantia “suficiente para constranger”, em face das posses do devedor e a expressão econômica da obrigação. Há de evitar-se abuso, obviamente, que possa transformar o meio legítimo de constrangimento executivo em fonte de locupletamento indevido ou enriquecimento sem causa...”*⁶²

Por outro lado, autores como Araken de Assis sustentam que, em razão de sua natureza coercitiva, a astreinte deve ser entendida como autônoma e totalmente desvinculada da obrigação principal ou de eventual indenização por perdas e danos. De acordo com Araken de Assis, “seu valor deverá ser exorbitante, desproporcional ao conteúdo econômico da causa, mas adequado à pessoa do executado.”⁶³ Sendo desprovida de função reparatória, a multa pode perfeitamente ser cumulada à indenização (tutela substitutiva). Nesta condição de instrumento destinado a induzir o executado ao cumprimento da obrigação, é perfeitamente

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial não provido para redução da multa**. Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. REsp nº 1026.191 RS 2008/0022819-1 Brasília, DF, 03 nov. 2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718660/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1026191-rs-2008-0022819-1-stj/relatorio-e-voto-11878621?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁶² Apud RODRIGUES, Luciana Lopes de Souza.

⁶³ ASSIS. Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 224.

plausível que supere o valor da causa, desde que estabeleça montante que verdadeiramente influencie no comportamento do executado.

Em consonância com Araken de Assis, Alexandre Câmara⁶⁴ sustenta que a multa fixada, por ser um meio coercitivo, deve ter valor suficiente para constranger o devedor, tendo como referência o poder aquisitivo do demandado, não o valor da obrigação principal.

O próprio Min. Luis Felipe Salomão, ao proferir voto divergente em Agravo Interno no AREsp 738.682 de 17 de novembro de 2016 que revisou multa coercitiva de R\$ 407 mil para R\$ 33 mil, pontuou a existência de divergência na jurisprudência acerca do tema:

*“enquanto na 3ª turma o critério é retornar ao momento em que o valor foi fixado e, se naquele momento, houve excesso, altera-se o valor, e em caso negativo, mantém sem considerar um teto; na 4ª turma, os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade da multa diária são considerados em correspondência com o valor principal, de modo que o colegiado tende a reduzir o valor das astreintes a patamares mais módicos, “à vista da predileção à exacerbação da multa cominatória”.*⁶⁵

E continua:

“Tendo em conta o movimento pendular da jurisprudência no que toca aos valores de enriquecimento sem causa do credor e o descaso do devedor no cumprimento de sua obrigação, parece oportuno novas reflexões acerca deste importante instrumento de efetivação da tutela judicial, sobretudo no que diz respeito aos parâmetros mínimos de fixação do valor, estabelecendo ao menos um norte de estabilização para seu arbitramento.”

O Min. Luis Felipe Salomão, que à propósito redigiu o acórdão do caso, conclui seu voto propondo uma série de critérios a serem levados em conta, dependendo das circunstâncias do caso concreto:

“(i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; (ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); (iii) capacidade econômica e capacidade

⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. atual. [atualizada pelas leis 11.672/08 e 11.694/08]. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240-241.

⁶⁵ Apud TARTUCE, Flávio. STJ define critérios para a fixação de "astreintes". Internet, Rio de Janeiro, nov.2016. Seção Política. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/406258673/stj-define-criterios-para-a-fixacao-de-astreintes>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

de resistência do devedor; (iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.”⁶⁶

Nesta mesma linha, o Enunciado 96 das Jornadas de Direito Processual Civil do CJF estabelece que *“os critérios referidos no caput do art. 537 do CPC devem ser observados no momento da fixação da multa, que não está limitada ao valor da obrigação principal e não pode ter sua exigibilidade postergada para depois do trânsito em julgado.”*

Outra controvérsia doutrinária atual baseia-se na previsão consignada no art. 537, §1º do CPC de 2015 que possibilita a majoração, a minoração, ou até extinção das multas processuais por parte do magistrado⁶⁷:

“Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

⁶⁶ Apud TARTUCE, Flávio. STJ define critérios para a fixação de "astreintes". Internet, Rio de Janeiro, nov.2016. Seção Política. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/406258673/stj-define-criterios-para-a-fixacao-de-astreintes>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

⁶⁷ Anteriormente à vigência do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre a possibilidade de revogação da multa cominatória a partir do Tema 706 de recurso repetitivo.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.”

Para muitos magistrados, o objetivo da fixação de astreintes é tão somente desestimular a inércia injustificada do sujeito em cumprir a determinação judicial. Por isso que a imposição deve nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que não seja fonte de enriquecimento indevido ou, por sua insuficiência, desestímulo ao devido cumprimento da obrigação. Nesse sentido leciona Marinoni ⁶⁸:

“Ora, se a multa já assumiu valor despropositado, e assim não se constituiu mais em meio de pressão sobre a vontade do réu, não há razão para não admitir a redução do seu valor, tornando-o compatível com a situação concreta posta em juízo. Reduzindo-se o valor da multa que se tornou despropositado, e dando-se ao inadimplente nova oportunidade de adimplir a sua obrigação, reafirma-se a função da multa, que é a de compelir o demandado a adimplir, e não de retirar patrimônio do demandado para – o que é pior – permitir o enriquecimento sem qualquer justificativa ao autor”.

Com base no artigo 537, tem sido recorrente na prática forense a minoração da multa diária imposta ao devedor inadimplente com base na hipótese de enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 884 do Código Civil de 2002.

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

O próprio voto do Min. Luis Felipe Salomão ao julgar o REsp 661.683-SP ilustra bem este posicionamento:

(...) A partir do momento que a fixação das astreintes atinge o ponto de ser mais interessante à parte que a própria tutela jurisdicional do direito material em disputa, há uma total inversão da instrumentalidade caracterizadora do processo. Este não pode ser um fim em si mesmo, deve ser encarado por seu viés teleológico, sendo impregnado de funcionalidade. Não é a toa que um dos princípios do direito processual é a efetividade

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 112/113.

do processo. Quando o juiz fixa multa em caso de descumprimento de determinada obrigação de fazer, o que se tem em mente é que sua imposição sirva como meio coativo para cumprimento das obrigações para que a parte adversa obtenha efetivamente a tutela jurisdicional pretendida, não podendo servir como enriquecimento sem causa." ⁶⁹

Ainda neste mesmo sentido, a Min. Nancy Andrighi adverte, conforme ementa de acórdão abaixo, a importância do estabelecimento de astreintes que não descaracterize sua instrumentalidade e não proporcione enriquecimento sem causa à parte beneficiada:

(...) A finalidade da multa é compelir o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer. Nesse sentido, a multa não pode se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal, a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa. O processo deve ser um instrumento ético para a efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça, sendo vedado às partes utilizá-lo para obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante." ⁷⁰

Entretanto e nos dizeres de Débora Arca⁷¹, “*notadamente o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa tem sido frequente na fundamentação de muitos julgados que reduzem o valor alcançado pela multa cominatória. Todavia, raramente se distingue enriquecimento sem causa de enriquecimento ilícito, daí decorre fundamentação equivocada e solução inadequada*”.

De acordo com Aquaviva⁷², enriquecimento ilícito é o “*aumento de patrimônio de alguém, pelo empobrecimento injusto de outrem. Consiste no locupletamento à custa alheia, justificando a ação de in rem verso*”. Ao passo que enriquecimento sem causa “*é o proveito*

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial não provido relacionado à exclusão do cadastro de proteção de crédito cumulado com multa.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. REsp 661.683-SP. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=REsp+661.683-SP>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial em que se discute a possibilidade de redução da multa com base nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. prazo inicial para a contagem dos juros moratórios. dissídio jurisprudencial. ausência de demonstração.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. REsp 1.060.293-RS. Brasília, DF, 04 mar. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19153286/recurso-especial-resp-1060293-rs-2008-0111692-1/inteiro-teor-19153287?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁷¹ ARCA, Débora Gomes. **A redução do valor das astreintes vencidas à luz do artigo 537 § 1º do Código de Processo Civil de 2015.** Artigo apresentado como exigência de conclusão de curso de pós-graduação em Direito Processual Civil – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

⁷² AQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

*que, embora não necessariamente ilegal, configura o abuso de direito, ensejando uma reparação".*⁷³

Neste diapasão, Luciana Rodrigues⁷⁴ e Débora Arca asseveram que o enriquecimento sem causa não poderia servir como justificativa para a decisão judicial que revoga ou mesmo reduz a multa com efeito pretérito, principalmente nos casos em que o devedor se mantém em estado inercial e não cumpre a obrigação judicial sem justificativa plausível. Ainda de acordo com Luciana Rodrigues, *“registre-se que para caracterizar o enriquecimento devem estar presentes o enriquecimento de alguém, empobrecimento de outrem, nexo causal, além da ausência de justa causa.”* Nas hipóteses de inadimplemento injustificado da obrigação imposta judicialmente, observa-se que *“há enriquecimento sim, porém com causa, há enriquecimento justo.”*

De fato, em momento algum se observa vedação do enriquecimento de uma parte pelo detrimento da outra, mas sim esta situação sem uma justa causa. Neste caso hipotético, é inegável constatar-se que o próprio devedor deu causa ao eventual enriquecimento, já que descumpriu preceito contido na decisão judicial. Logo, não se observa qualquer ilícito ao se executar o valor atingido da multa, mesmo que ultrapasse o valor do objeto da demanda.

Outro ponto controverso fundamenta-se na literalidade do art. 537, CPC, já que texto legal não faz qualquer referência à multa vencida, apenas à multa vincenda. De um lado, Eduardo Talamini e Alexandre Câmara⁷⁵ defendem que a legislação é clara em tutelar apenas a multa vincenda, excluindo do seu âmbito a multa vencida.

Hartmann⁷⁶, em abordagem oposta, sustenta que a previsão legal contradiz julgados já consolidados e advoga pela flexibilização da norma:

⁷³ ARCA, op. cit. p.12.

⁷⁴ RODRIGUES, Luciana Lopes de Souza. **Astreintes: limites de eficácia e o princípio da efetividade.** Artigo apresentado como exigência de conclusão de curso de pós-graduação em Direito Processual Civil – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: RT, 2001, p. 248-249.

⁷⁶ Apud ARCA, Débora Gomes. **A redução do valor das astreintes vencidas à luz do artigo 537 § 1º do Código de Processo Civil de 2015.** Artigo apresentado como exigência de conclusão de curso de pós-graduação em Direito Processual Civil – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

“(...) de maneira inexplicável o CPC desprezou a jurisprudência pátria e passou a prever, em norma própria (art. 537 § 1º), que o magistrado apenas pode mudar a periodicidade da multa vincenda. Não faz sentido seguir esta orientação, seja pelos argumentos supra, seja também porque o próprio CPC impõe que os magistrados devem seguir os precedentes (art. 927). Uma lástima, portanto, a constatação de que diante do insucesso da revisão desta tese no próprio Poder Judiciário, se tenha optado por outro caminho menos tortuoso, diretamente perante o Poder Legislativo. É para se refletir realmente.”

O jurista Daniel Amorim Assumpção Neves ⁷⁷, por sua vez, ensina que a retirada da expressão ‘sem eficácia retroativa’ do texto final do art. 537, §1º, CPC continua a permitir a redução do valor consolidado da multa.

“Nesse tocante havia uma significativa novidade no projeto de lei aprovado na Câmara que foi retirada do Novo CPC pelo Senado. Havia previsão expressa no sentido de que a mudança do valor da multa só se aplicaria para o futuro. Primeiro, porque o dispositivo falava em “multa vincenda” e depois porque afirmava expressamente que a mudança não teria “eficácia retroativa”. Como se pode notar no projeto de lei aprovado na Câmara, o valor consolidado das astreintes não poderia ser reduzido pelo juiz, em entendimento que contraria a posição majoritária da jurisprudência. O projeto de lei aprovado na Câmara consagrava o que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça chamou de “indústria das astreintes”, quando o exequente abdica da satisfação do seu direito para manter a aplicação da multa durante longo espaço de tempo. A retirada da expressão “sem eficácia retroativa” do texto final do art. 537, § 1º, do Novo CPC continua a permitir a redução do valor consolidado da multa.”

Neste sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme acórdão de relatoria do Desembargador Miguel Ângelo da Silva, que “[...] *persiste a orientação jurisprudencial dominante sustentando admissível a redução do montante das ‘astreintes’ a qualquer tempo, inclusive no tocante ao período pretérito de inadimplemento já consumado, à luz do art. 537, §1º, do CPC*” ⁷⁸.

Sinaliza na mesma linha o Superior Tribunal de Justiça, quando mencionando o novo Código de Processo Civil, em especial o art. 537, § 1º, afirma que

“deixando a medida de ser adequada para seu mister, não havendo mais justa causa para sua manutenção, deve-se reconhecer, também, a possibilidade de revogação das astreintes pelo magistrado, notadamente quando a prestação tiver se tornado fática ou juridicamente inexigível, desnecessária ou impossível, tendo-se modificado

⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, SP: Método, 2015, p. 347-348.

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJ-RS. Nova Câmara Cível. **Recurso não provido contra decisão do juízo singular para limitação da multa diária**. Agravo de Instrumento: AI 70071051114 RS. Rio Grande do Sul, RS, 19 out. 2016. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398143280/agravo-de-instrumento-ai-70071051114-rs/inteiro-teor-398143300>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

*sobremaneira a situação para a qual houvera sido cominada, sempre levando-se em conta os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.”*⁷⁹

Ou seja, a interpretação jurisprudencial vem admitindo a hipótese de alteração da multa vencida mesmo sob o julgo no CPC de 2015.

Por fim, o momento de exigibilidade da astreinte era outra questão controversa na doutrina e na jurisprudência, sobretudo, nos casos em que a multa é fixada em decisão interlocutória de antecipação de tutela. Havia ao menos três posicionamentos a esse respeito: Exigibilidade após o trânsito em julgado de sentença que julga procedente o pedido do autor⁸⁰, exigibilidade imediata da multa em execução provisória⁸¹ e exigibilidade imediata da multa em execução definitiva⁸². A controvérsia foi equacionada recentemente a partir da nova redação do art. 537, § 3º, CPC, dada pela Lei nº 13.256, de 2016, que agora define explicitamente que a “multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.”

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial parcialmente provido para exclusão/supressão da multa.** Execução de pré-executividade. Medidas coercitivas atípicas. Processo Civil. Excesso. REsp 1186960 MG 2010/0051756-7. Brasília, DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339829891/recurso-especial-resp-1186960-mg-2010-0051756-7/inteiro-teor-339829906>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial não provido para manutenção de decisão sobre multa diária.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. 3ª T., AgRg no REsp 1.153.033/MG, Rel. Min. Sidney Beneti, Brasília, DF, 15 abr. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9197967/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1153033-mg-2009-0159045-0-stj/relatorio-e-voto-14294233>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial que afirma não ser necessário trânsito em julgado para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. AgRg no REsp 1.094.296/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 03 mar. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18488963/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1094296-rs-2008-0203153-2-stj/relatorio-e-voto-18488965>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial não provido que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. AgRg no REsp 724.160/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Brasília, DF, 04 dez. 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8754908/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-724160-rj-2005-0017197-7/inteiro-teor-13825493>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

2.2. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas atípicas

De acordo com Zaneti⁸³, “[...] dar operatividade a esses comandos normativos tão fluidos, o sistema de precedentes obrigatórios, estruturado pelo CPC, é absolutamente fundamental.” Nesta mesma linha, Didier et al.⁸⁴ sustenta ser não apenas tarefa dos tribunais, mas também da doutrina fornecer critérios dogmáticos seguros para a aplicação de dispositivos como os artigos. 139, IV, 297 e 536, § 1º do CPC. Neste sentido, Didier et al. listam, em artigo intitulado “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas do arts. 139, IV, 297 E 536, § 1º, CPC” publicado em 2017, um conjunto de trinta e uma diretrizes que buscam, como ponto de partida, orientar as decisões atípicas das medidas executivas no Direito Processual Civil brasileiro. Estas diretrizes são listadas *ipsis literis* a seguir:

- i) os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC são cláusulas gerais processuais executivas;
- ii) os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC autorizam a fixação de medidas atípicas de coerção direta ou indireta, **inclusive as sanções premiais** (grifo nosso);
- iii) a execução para pagamento de quantia deve observar, primeiramente, a tipicidade dos meios executivos, sendo permitido, subsidiariamente, o uso de meios atípicos de execução, com base no art. 139, VI, CPC;
- iv) a execução para a efetivação das prestações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro é, em princípio, atípica, por força do art. 536, § 1º, CPC;
- v) a atipicidade executiva é técnica que serve à execução fundada em título executivo judicial, provisória ou definitiva, ou fundada em título executivo extrajudicial;
- vi) a tutela provisória será efetivada atipicamente na mesma medida em que a tutela definitiva pode sê-lo;
- vii) a medida executiva pode ser dirigida ao executado, a terceiro ou, em determinados casos, ao próprio exequente;

⁸³ ZANETI Jr., Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2017. v. XIV. p. 115.

⁸⁴ DIDIER Jr., Fredie et al. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC**. São Paulo: RT, 2004.

viii) a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação);

ix) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade);

x) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que melhor atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade);

xi) a escolha da medida executiva atípica deve ser devidamente fundamentada;

xii) na escolha da medida executiva atípica deve-se observar o contraditório, ainda que diferido;

xiii) o juiz não está adstrito ao pedido da parte na escolha e imposição de medida executiva atípica, podendo agir até mesmo de ofício, ressalvada, em todos os casos, a existência de negócio processual em sentido diverso;

xiv) é possível a alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária, a requerimento da parte ou de ofício;

xv) não pode o órgão julgador, ex officio, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte;

xvi) não pode o órgão julgador determinar, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo;

xvii) não se admite a fixação de multa como medida atípica para a efetivação de prestação pecuniária, na execução para pagamento de quantia;

xviii) as medidas executivas atípicas podem ser utilizadas diretamente, e não subsidiariamente, na execução por quantia, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais;

xix) admite-se a fixação de multa coercitiva, na execução por quantia, como medida atípica, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais;

xx) admite-se, desde que observados certos parâmetros, a prisão civil como medida atípica para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial;

xxi) não é possível a utilização da prisão civil como medida executiva na execução por quantia, à exceção da execução de alimentos;

xxii) a medida atípica determinada não pode constituir, ela mesma, um ato ilícito;

xxiii) os arts. 139, IV, e 536, § 1º, CPC, formam a base normativa para a execução atípica das decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro;

xxiv) não se admite negócio processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais;

xxv) admitem-se renúncia do direito à multa e a promessa de não executar o valor da multa;

xxvi) admite-se negócio processual que limite o uso de medidas executivas atípicas pelo órgão julgador;

xxvii) admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão;

xxiii) admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial;

xxix) admite-se execução negociada de decisão que determina a implantação de política pública;

xxx) admite-se a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas no processo penal (art. 3º, Código de Processo Penal);

xxxi) não se admite a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas para a efetivação da sentença penal condenatória que imponha prisão.

A discussão sobre cada uma das diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas atípicas proposta por Didier et al. foge ao escopo inicial deste trabalho, bastando aqui apenas aprofundar a segunda diretriz, mais especificamente, a possibilidade de aplicação de sanções premiais em complementação a medidas atípicas de coerção direta ou indireta autorizadas pelos artigos 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC. Este será o objetivo do próximo capítulo.

“Meu objetivo é nada menos do que salvar o mundo, um urinol de cada vez.”

“Eu realmente acredito que este simples produto pode manter os banheiros mais limpos e seguros. Menos necessidade de limpeza significa menos produtos tóxicos sendo utilizados. E além de tudo os homens se divertem.”

Doug Kempel, proprietário de um pequeno negócio que comercializa adesivos de mosca na internet.

3. ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A Economia Comportamental é uma disciplina relativamente nova e decorre da incorporação, pela economia, de desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas no campo da psicologia, da neurociência e de outras ciências sociais⁸⁵.

De acordo com os axiomas da teoria econômica tradicional, os agentes econômicos são racionais. Este conceito de racionalidade econômica pressupõe que os agentes são avessos a risco, que agem exclusivamente norteados pelos seus próprios interesses, que acessam, processam e revisam adequadamente todas as informações disponíveis de forma imparcial de forma a maximizar constantemente sua própria utilidade (espécie de indicador quantitativo de bem-estar social). Ademais, por agirem racionalmente e com foco exclusivo em seus próprios interesses, estes agentes contribuirão para que os mercados sejam perfeitamente eficientes, ou seja, para que os preços dos produtos e serviços reflitam adequadamente todas as informações públicas e privadas disponíveis naquele momento o que, por consequência, culminará com a alocação ótima dos fatores de produção na economia.

Enquanto a teoria econômica tradicional parte do pressuposto de que os indivíduos são racionais e os mercados são eficientes, os adeptos da Economia Comportamental sustentam que os indivíduos, ao depararem-se com suas inevitáveis restrições cognitivas e emocionais, não necessariamente atuam de modo tão racional quanto prescrito nas teorias econômicas tradicionais. A partir de métodos experimentais diversos, cientistas sociais observam que, ao invés de apresentarem um comportamento alinhado com o objetivo de maximizar do próprio bem social tendo com única restrição a dotação orçamentária disponível, os agentes econômicos sistematicamente decidem com base na própria experiência pessoal, na influência dos demais agentes (efeito manada) e em hábitos e em regras práticas simplificadas que, não raras vezes, mostram-se completamente inconsistentes com o esperado por um indivíduo considerado “racional”.

⁸⁵ De acordo com Flávia Ávila e Marcos Avila, a disciplina de economia comportamental desenvolve-se principalmente a partir da década de 70, a partir da publicação de dois importantes trabalhos: no primeiro, denominado Teoria da Perspectiva (*Prospect Theory*), dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky, busca descrever de maneira mais realista o processo de decisão dos agentes corrigindo e explicando anomalias detectadas na teoria econômica tradicional. no segundo publicado em 1980, o economista Richard Thaler (*Toward a Positive Theory of Consumer Choice*) descreve uma série de anomalias não explicadas pelo mainstream da economia abrindo, assim, um novo campo de estudo. Disponível em <<http://www.economiacomportamental.org/como-e-quando-surgiu/>>. Acesso em 14 mai. 2020.

De acordo com Daniel Kahneman, o funcionamento do cérebro humano pode ser melhor representado a partir de dois sistemas comumente denominados, no linguajar da psicologia, como Sistema 1 e Sistema 2. O Sistema 1 é automático, instintivo e, não menos importante, pouco demandante de energia. Este pensamento origina-se fundamentalmente de associações entre ideias ou habilidades conquistadas ao longo da experiência de vida do indivíduo, cujo conhecimento fica armazenado na memória e pode ser acessado sem intenção e sem muito esforço. O Sistema 1 detecta relações simples, mas não lida bem com tópicos distintos tratados de forma simultânea ou informação puramente estatística. É, por exemplo, o Sistema 1 que é acionado quando um indivíduo adulto resolve atravessar uma rua movimentada próxima à sua residência, como faz de forma corriqueira nos últimos anos: este indivíduo, quase que intuitivamente, olha para ambos os lados, avalia o tempo necessário para atravessar e, se constatar que não há risco à sua integridade, atravessa. Este indivíduo foi sistematicamente educado a atravessar utilizando-se de uma heurística⁸⁶ de julgamento que associa este ato com diversos outros similares a este, o que o habilita a realizar seu objetivo com o menor consumo de energia possível.

O Sistema 2, por sua vez, é reflexivo, racional, premeditado, autoconsciente e mais demandante de energia. É justamente o Sistema 2 que é acionado quando o indivíduo se depara com alguma conta matemática mais elaborada (411 vezes 37), com situações pouco familiares ou com alguma decisão relevante da sua vida (aquisição de um apartamento). O Sistema 2 será acionado por uma criança quando ela estiver pronta para atravessar sozinha, e pela primeira vez, a rua pouco movimentada próximo à sua casa ou mesmo por um adulto, quando a travessia ocorre em um trecho de uma rodovia movimentada. Ainda de acordo com Kahneman, as operações do Sistema 2 são altamente diversificadas e têm uma característica comum: elas exigem bastante atenção e são interrompidas quando a atenção é desviada, o que dialoga com um experimento, realizado em 1999 por Christopher Chabris e Daniel Simons, que revela como as pessoas, em geral, tornam-se "cegas" para algumas tarefas quando executam outras⁸⁷. Como o termo em inglês *pay attention* acertadamente sugere, os indivíduos dispõem de um orçamento

⁸⁶ Heurística é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que imperfeitas, para perguntas difíceis.

⁸⁷ Disponível em: < www.theinvisiblegorilla.com>. Acesso em: 14 mai. 2020.

de atenção limitado para alocar às suas atividades cognitivas e, se tentarem ir além deste limite, fracassam.”⁸⁸

Embora o Sistema 1 seja adequado à maior parte das situações do dia-a-dia, há ocasiões em que os atalhos escolhidos pelo pensamento intuitivo não são apropriados para determinada decisão, que deveria ser objeto de uma apreciação mais pormenorizada pelo Sistema 2. Este emprego inadequado do Sistema 1 tem sido estudado há tempos por psicólogos como a origem dos vieses cognitivos e emocionais comumente encontrados durante a tomada de decisão. Daniel Kahneman, um psicólogo que foi laureado com o prêmio Nobel em Economia em 2002⁸⁹, em colaboração com Amos Tversky, descrevem, a partir de uma série de experimentos, os atalhos erroneamente adotados pelo pensamento intuitivo durante a tomada de decisão e que dão margem a vinte vieses sistematicamente encontrados em processos decisórios. De fato, tirar conclusões precipitadas a partir do Sistema 1 é eficaz apenas se o custo de um eventual erro for aceitável e se o atalho poupa grande tempo e esforço. A boa notícia é que não é apenas possível mapear estes vieses, como também educar o Sistema 1 (intuitivo e automático) para identificar previamente os desvios, mitigando-os.

O trabalho original de Kahneman e Tversky (1974) identificou três principais heurísticas de julgamento (ancoragem ou ajustamento, de disponibilidade e de representatividade) e diversos vieses associados a cada uma.

A heurística da ancoragem e ajustamento pode ser definida como a relutância do indivíduo em modificar seu julgamento inicial de forma que este se ajuste à mudança de contexto. Advém de julgamentos que envolvem a estimativa de alguma quantia desconhecida em ambiente incerto. Ao se depararem com a necessidade de estimar algum valor ou parâmetro em uma negociação sobre o qual não há dados suficientes, os indivíduos geralmente adotam algum valor inicial disponível na memória que servirá, a partir deste momento, como âncora. Independentemente da melhoria subsequente nas condições para o cálculo da estimativa ou na disponibilidade de novas informações que revelem a necessidade de atualização do montante originalmente adotado, os indivíduos tendem a ajustar apenas marginalmente sua análise prévia. Este efeito ancoragem foi medido em um experimento realizado em São Francisco em que

⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. Rio de Janeiro, Objetiva, 2012, p. 32.

⁸⁹ Conforme citação que motivou sua indicação para o prêmio Nobel em Economia de 2002, Daniel Kahneman foi agraciado *"por introduzir os insights da pesquisa psicológica na ciência econômica, especialmente no que diz respeito às avaliações e tomada de decisão sob incerteza"*.

visitantes do museu *Exploratorium* eram divididos em dois grupos, cada um recebendo um conjunto de perguntas⁹⁰:

Grupo 1	Grupo 2
A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 365 metros ?	A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 55 metros ?
Qual a sua melhor estimativa sobre a altura da sequoia mais alta?	Qual a sua melhor estimativa sobre a altura da sequoia mais alta?

Obviamente, não havia dados disponíveis que viabilizassem uma estimativa bem fundamentada sobre a altura da sequoia, logo os participantes não tinham alternativa senão tentarem adivinhar a altura. Como esperado, os dois grupos apresentam palpites médios bem diferentes: 257 metros para o grupo 1 e 86 metros para o grupo 2. Sem qualquer parâmetro para ser utilizado como referência, a altura sugerida na primeira pergunta serve como âncora para as subsequentes sugestões, como ilustram outros experimentos e casos reais observados no mundo real.

A heurística da representatividade decorre do julgamento com base em estereótipos, ou seja, na classificação de algo com base na semelhança com um caso típico ou comum, como pode bem ilustrar o quadro abaixo:

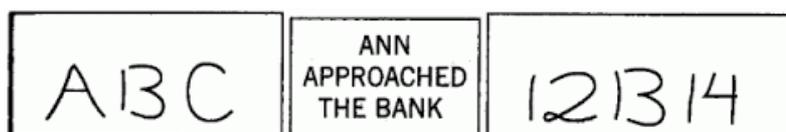


Figura 1 – Negligência e Ambiguidade (Kahneman)

Nesta experiência, Kahneman e Tversky apontam que a ambiguidade do quadro e a tendência do Sistema 1 em procurar atalhos a partir da associação de letras e números com experiências prévias explicam porque boa parte dos indivíduos, ao menos inicialmente, lê o

⁹⁰ JACOWITZ, Karen E.; KAHNEMAN, Daniel. **Measures of Anchoring in Estimation Tasks**. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Research Article, November 1, 1995. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/01461672952111004>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

arranjo no quadro da esquerda como A B C e o da direita como 12 13 e 14, muito embora um olhar atento revele que o elemento central é idêntico nos dois arranjos. Por que a maioria das pessoas não lê A 13 C ou 12 B 14? Exatamente pela sequência de números e letras ser muito mais familiar do que uma sequência com letras e números intercalados. O interessante é que esta breve experiência também demonstra a coexistência da heurística de disponibilidade retratada a seguir.

A Heurística da Disponibilidade é o processo de julgar a frequência de dados segundo a facilidade com que similaridades vêm à mente, dada à limitada capacidade de manter concentração e esforço mental ao mesmo tempo. Quando um evento infrequente pode ser trazido facilmente e vividamente à mente, as pessoas tendem a superestimar sua probabilidade. Esta heurística também é conhecida como “Lei dos Números Pequenos”, já que tende a buscar generalizações a partir de amostras pouco representativas da população. A heurística de disponibilidade ajuda a explicar muitos comportamentos relacionados a riscos como, por exemplo, a tendência de aumento na contratação de seguros após um grande desastre natural.

Como consequências destas heurísticas, Kahneman e Tversky identificaram uma série de vieses cognitivos e emocionais. Os vieses cognitivos decorrem fundamentalmente das inevitáveis restrições de conhecimento dos indivíduos, por exemplo, da falta de conhecimentos estatísticos básicos, por falhas na memória ou por processamento inadequado das informações recebidas. Os vieses emocionais aparecem quando as decisões são tomadas por impulso ou sem base factual. Entende-se que os vieses cognitivos podem ser devidamente corrigidos com a melhoria no acesso à informação, com treinamentos ou a partir de consulta a especialistas. Os vieses emocionais, entretanto, são inerentes aos indivíduos e menos susceptíveis a correção.

Hoje, após a evolução do tema, diversos outros vieses foram identificados. Apenas para citar alguns vieses cognitivos, tem-se o viés de confirmação, o qual decorre da tendência das pessoas preferirem informações que confirmem suas crenças ou hipóteses, independentemente de serem ou não verdadeiras.

O conservadorismo, por seu turno, é a tendência do indivíduo de não revisar suas crenças adequadamente, mesmo quando uma nova evidência (estimativas de probabilidades condicionais são conservadoras) lhe é apresentada.

O viés de enquadramento advém da constatação de que indivíduos reagem diferentemente de acordo com a maneira com que a decisão lhe é apresentada.

Espécie de viés emocional, o status quo é um tipo de viés que decorre do comportamento inercial, ou seja, da tendência dos indivíduos em manterem as coisas inalteradas, a despeito dos custos de transição serem pequenos ou da relevante importância da decisão. Aqui é fundamental que o poder judiciário busque prover a menor resistência possível para a satisfação do direito tutelado, seja a partir de meios de pagamento simplificado, seja a partir da satisfação de obrigações de maneira simples e objetiva.

Diferentemente da hipótese da economia tradicional que prevê que os agentes racionais são avessos a risco, Kahneman e Tversky (1979) sustentam que os indivíduos são avessos a perdas. Aqui o conceito de risco relaciona-se à incerteza em relação ao resultado, não à ameaça associada à perda de algo desejado. Kahneman e Tversky dão conta de que a dor da perda seja psicologicamente duas vezes mais poderosa que o prazer de ganhar. Assim, as pessoas acabam por estar mais dispostas a correr riscos para evitar uma perda do que para obter um ganho. Logo, este viés pode trazer implicações interessantes para entendimento da capacidade de influência das medidas coercitivas que devem, na medida do possível, privilegiar desenhos que criem a percepção de “perda evitada” em caso de cumprimento tempestivo em detrimento de arranjos. Daí a importância da manutenção da possibilidade do magistrado em prover restrições à pessoa do devedor pecuniário, ainda que não venha a executá-la efetivamente.

Por fim mas não menos importante, o viés de autocontrole recai na falta de disciplina dos indivíduos em perseguir seus próprios objetivos de longo prazo. Como já observado, a racionalidade apregoada pela teoria neoclássica sustenta que os agentes econômicos maximizam constantemente seu próprio bem social tendo com única restrição a dotação orçamentária disponível. Entretanto, não é complicado constatar que os indivíduos demonstram ter grande dificuldade em equilibrar interesses de curto, médio e longo prazos, o que invariavelmente traz implicações à sua própria saúde física, espiritual e financeira, apenas para citar algumas. Os altos índices de obesidade e o baixo índice de poupança atualmente observados na população mundial não deixam dúvidas quanto à existência e relevância deste viés na vida moderna.

3.1. Possíveis contribuições advindas da economia comportamental

O benefício do estudo sistematizado destes vieses é que os padrões identificados nos desvios permitem antever o comportamento do indivíduo médio⁹¹ e, conseqüentemente, definir quais ações são mais adequadas para os estimularem a adotar voluntariamente uma determinada conduta considerada socialmente desejável. Nesta linha de raciocínio, muitos agentes privados e públicos têm se utilizado de estímulos sutis, também conhecidos como *nudges*, justamente com a finalidade de influenciar o comportamento das pessoas sem, no entanto, reduzir suas escolhas e sem necessariamente alterar a matriz de incentivos econômicos presentes no momento de tomada de decisão⁹². Trata-se da utilização de um conceito psicológico intitulado compatibilidade estímulo-resposta em que os estímulos são desenhados de forma coerente com a ação desejada.

Cabe aqui pontuar que, diferentemente das sanções positivas, os *nudges* são estímulos que não alteram os incentivos econômicos das partes. Logo, uma decisão que eventualmente preveja um desconto no valor pecuniário devido em caso de satisfação da obrigação até determinado prazo não deve ser entendida com *nudge*, mas como sanção premial. O *nudge* é um estímulo que preserva a capacidade de escolha das partes, sem alterar o incentivo percebido pelas partes.

Talvez o exemplo mais conhecido desta prática seja a colocação de adesivo de mosca nos urinóis que, ao estimularem os usuários a acertarem o inseto, reduziu em 80% a quantidade de urina encontrada nos banheiros do aeroporto de Amsterdã. Neste mesmo sentido, desenvolvedores de videogames na Alemanha desenvolveram o *Piss Screen*, uma experiência interativa estruturada a partir de sensores de pressão interligados a uma tela instalada junto aos urinóis que associa o jato de urina aos movimentos de um veículo. Após algumas curvas, a inevitável colisão revela ao jogador sua incapacidade de dirigir naquele estado e sugere o

⁹¹ Representa a maior parte dos indivíduos. O comportamento do indivíduo médio não representa a garantia de que todos os indivíduos agirão exatamente da mesma forma, mas que, expurgados os extremos, a maior parte dos agentes comportar-se-á daquela maneira.

⁹² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: O Empurrão para a escolha certa. 1º ed., Rio de Janeiro, Objetiva, 2019, p.14.

telefone da cooperativa de taxi mais próxima. A lição básica destes e de inúmeros outros exemplos similares é que os indivíduos enfrentam uma infinidade de escolhas diárias e podem, se minimamente estimulados, adotar voluntariamente determinada conduta esperada pela sociedade, a mínimo custo, melhorando significativamente os resultados de políticas públicas.

Um experimento, realizado pelo Minnesota Department of Revenue em 1995⁹³, ilustra bem como a escolha adequada de *nudges* podem aumentar a propensão dos contribuintes a cumprir com suas obrigações fiscais. Aproximadamente 47 mil contribuintes foram selecionados aleatoriamente e divididos em 4 grupos distintos, de acordo com o teor da notificação que receberam. A notificação encaminhada ao primeiro grupo trazia detalhes sobre o destino nobre dos impostos, como por exemplo, educação, saúde, policiamento e bombeiros. A notificação endereçada ao segundo grupo limitava-se a alertar os contribuintes sobre os riscos de não cumprimento das obrigações fiscais. Para o terceiro grupo, a notificação simplesmente orientava-os a como buscar orientações em caso de dúvidas nas obrigações acessórias, em especial, para o preenchimento dos formulários fiscais. Por fim, o último grupo recebeu a informação de que mais de 90% dos moradores de Minnesota pagavam os impostos em dia. Ao comparar o nível de adimplemento das obrigações fiscais observadas no biênio 1993/1994 com os de 1995 (pós-intervenção), observou-se que a intervenção que logrou maior êxito na redução da sonegação fiscal foi aquele que recebeu a informação de que o percentual de adimplentes era efetivamente alto. Este experimento parece evidenciar que a percepção sobre o comportamento da maioria dos membros de determinada sociedade não apenas influencia o comportamento dos demais, como talvez pode sinalizar, ainda que marginalmente, maior efetividade em relação a uma estratégia meramente coercitiva baseada na sanção em caso de inadimplência.

Ainda nesta mesma linha, Thaler e Sunstein apresentam outro estudo que reforça a ideia de que o enquadramento certo do problema, associado a escolha de um *nudge* adequado, podem ser poderosos mecanismos para estímulo a condutas socialmente desejadas. O Parque Nacional da Floresta Petrificada, no Arizona, sofria com o péssimo costume dos visitantes em levar para casa, como souvenir, pedaços de madeira petrificada, o que resultava em perdas da ordem de 14 toneladas por ano. Sob a coordenação do Prof. de psicologia e marketing da Universidade

⁹³ CIALDINI, Robert B. et al. *Managing social norms for persuasive impact*. Psychology Press Ltd, 2006. Disponível em: < <http://www.psypress.com/socinf>>. Acesso em: 06 mai. 2020

Estadual do Arizona, Robert Cialdini, o experimento alterou o teor as placas informativas⁹⁴ com teor descritivo como “*Muitas pessoas roubam a madeira petrificada do parque, mudando as condições da floresta*” por “*Por favor, não remova as madeiras deste parque*”. O índice estimado de furto de madeira petrificada saiu de 5% para 1,67%. Para o autor, o sucesso da norma em induzir o comportamento desejado decorre fundamentalmente da correta seleção do seu conteúdo, de acordo com o contexto e do próprio comportamento de seus destinatários. De acordo com Cialdini, há dois tipos de normas sociais: as normas descritivas e as normas injuntivas ou instrucionais. Enquanto as primeiras retratam o que é comumente realizado pelos demais indivíduos e motivam a partir do exemplo, as últimas caracterizam-se por apresentarem um comando associado a sanções positivas ou negativas. O problema, segundo Cialdini, é que boa parte das normas voltadas a demover os indivíduos de agirem de terminada forma acabam por inadvertidamente reforçá-la, já que acabem explicitando a todos que a conduta indesejada é até bem comum. Como exemplo, Cialdini cita campanhas publicitárias para prevenção do fumo entre crianças em que a *Federal Drug Administration Commission* veiculava que havia “mais de 3 milhões de jovens nos Estados Unidos e 3.000 tornam-se fumantes regulares a cada dia”⁹⁵. Nos casos em que a conduta indesejada é majoritária, sustenta Cialdini, o comando injuntivo deve ser claro e se restringir à conduta esperada, não ao que é realizado pelos indivíduos.

Thaler e Sunstein sustentam que a divulgação assertiva de informação, a pressão do grupo e o intitulado pré-ativação⁹⁶ são importantes estímulos sociais que, a custos baixos, podem influenciar significativamente as decisões dos indivíduos em cumprirem ou não normas socialmente desejáveis. Se desenhados de forma a reduzir a intitulada ignorância pluralística, ou seja, o desconhecimento de todos ou de grande parte do grupo sobre o que as outras pessoas pensam, estes estímulos podem proporcionar uma mudança de comportamento de forma surpreendentemente simples, muitas vezes demandando apenas leves adaptações aos processos

⁹⁴ De acordo com Cialdini, há duas formas de normas sociais: as normas descritivas e as normas injuntivas ou instrucionais. Enquanto as primeiras retratam o que é comumente realizado pelos demais membros e motivam a partir do exemplo, as últimas caracterizam-se por apresentarem um comando associado a sanções positivas ou negativas.

⁹⁵ Em tradução livre. “the Federal Drug Administration Commission announced that “more than 3 million youths in the US smoke and that 3,000 become regular smokers each day”. Scott apud Cialdini, p.3.

⁹⁶ Também conhecido pelo termo em inglês *priming*, refere-se a influências sutis que buscam aumentar a facilidade com que determinada informação chega à mente. Relaciona-se com o que os cientistas sociais denominam “efeito de mera medição”, ou seja, com a descoberta que, quando questionados sobre as probabilidades de realizarem determinadas tarefas, os indivíduos tendem a se comportarem de acordo com a resposta dada.

já existentes. Basta, por exemplo, dar ampla publicidade às pessoas sobre o que outros indivíduos costumam fazer em situações similares. Foi exatamente isto que aconteceu com a conformidade das obrigações fiscais Minnesota: de acordo com uma pesquisa telefônica realizada pela Universidade de Minnesota um ano antes, 27% dos contribuintes entrevistados acreditavam que a inadimplência era superior a 50%, enquanto outros 22% supunham que a sonegação estimada naquele estado estaria entre 21 a 50%. Ou seja, quase 49% da amostra acreditava em uma inadimplência maior do que 21%⁹⁷. Ao esclarecer que o pagamento em dia era superior a 93%, a pressão do grupo atuou a favor daquilo que se buscava com o *nudge*, ou seja, estimular o indivíduo a cumprir suas obrigações fiscais adequadamente. De fato, como seres sociáveis, somos capazes de adotar uma prática ou seguir uma tradição não porque gostamos ou porque a consideramos defensável, mas basicamente porque achamos que a maioria das pessoas aprova. E, não raras vezes, as pessoas aceitam conclusões e adotam comportamentos razoavelmente estranhos a partir de pressões sociais do grupo a que pertencem⁹⁸.

Neste sentido e com vias a prover maior efetividade na satisfação do direito previamente conhecido, advoga-se aqui o uso concomitante de sanções positivas e negativas, salpicado por *nudges* informacionais e estruturas de escolha que estimulem a partes a buscarem a solução consensual de conflitos ou a satisfação tempestiva da obrigação tutelada judicialmente. Neste último caso, trata-se da aplicação da atipicidade consignada na cláusula do artigo 139, IV, eventualmente somada à cláusula geral de negociação processual (artigo 190 do CPC).

Em relação aos *nudges*, pode-se sugerir, por exemplo, a ampla divulgação nos corredores dos fóruns ou eventualmente nas próprias audiências de instrução e conciliação, de campanhas e estatísticas que estimulem as partes, obviamente sem induzi-las, a considerarem a possibilidade de resolução da lide de forma negocial ou de satisfação da decisão judicial no prazo mínimo definido pelo magistrado. Se a maior parte dos indivíduos satisfaz a obrigação adequadamente, esta informação necessita ter ampla publicidade. Esta ação publicitária poderia inclusive ser estruturada em consonância com mutirões de estímulo a prática da resolução

⁹⁷ COLEMAN, Stephen. The Minnesota Income Tax Compliance Experiment: Replication of the Social Norms Experiment. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1393292>>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 3

⁹⁸ Em 1962, o psicólogo social Solomon Asch juntou-se a equipe de um programa de pegadinhas chamado Candid Camera para demonstrar como as pessoas se conformam à norma. A facilidade com que uma pessoa modifica sua conduta para ajustar à pressão do grupo, conhecida como "conformidade Asch", foi ilustrada em uma série de experimentos como o do elevador, disponível em <<http://www.gilbertogodoy.com.br/ler-post/a-experiencia-do-elevador>>. Acesso em: 12 mai. 2020

consensual de conflitos, sugeridos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e promovidos por diversos tribunais espalhados pelo Brasil. Nesta linha, vale citar a iniciativa do Poder Judiciário Paranaense em criar o Conciliômetro, um trabalho de inteligência que divulgava a todos o número de acordos alcançados em cada um dos cinco dias na última Semana Nacional da Conciliação realizada entre os dias 04 e 08 de novembro de 2019. Inegavelmente, boas práticas não apenas contribuem para desafogar o montante de processos pendentes nos tribunais⁹⁹, como permitem estimular a percepções de grupo em favor da resolução das lides em menor tempo.

Embora não haja qualquer garantia de que estes desenhos mais alinhados com os vieses apresentados pelos adeptos da economia comportamental possam funcionar sempre, a expectativa de funcionarem em alguns casos já seria suficiente para viabilizar o uso mais disseminado destes novos arranjos por parte de magistrados, até mesmo pois não há qualquer custo envolvido nesta decisão. O custo de arrependimento em caso de insucesso é, de fato, muito baixo.

⁹⁹ Com base nos dados divulgados pelo Poder Judiciário Paranaense, o número de acordos alcançados na última Semana Nacional da Conciliação realizada entre os dias 04 e 08 de novembro de 2019 alcançou 2.226, um crescimento de 58% em relação aos 1.402 acordos da edição passada. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/semanadaconciliacao>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CONCLUSÕES E ALTERNATIVAS

Conforme já explorado ao longo da monografia, a inefetividade recorrente dos processos voltados à satisfação do direito previamente tutelado culminou com aumento da concentração dos poderes de execução do juiz, conforme previsto em artigos como o 139, IV do CPC. Como consequência, a percepção de que caberia ao órgão julgador proceder à execução valendo-se apenas de meios executivos explicitamente previstos na legislação vem gradativamente sendo atenuada pelo princípio da atipicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Em paralelo e conforme pontuado por Bobbio, o estímulo ao cumprimento de decisões executivas indiretas não necessariamente deverá ocorrer apenas através do temor do executado, mais especificamente, a partir da aplicação de multas coercitivas, prisão civil do devedor de alimentos ou mesmo divulgação de notícia em jornal revelando o descumprimento da obrigação por parte do executado. As sanções premiaias, sem dúvida alguma, inserem-se neste contexto de mutação jurídica e é cada vez mais comum no direito contemporâneo a busca de técnicas mais aperfeiçoadas para se obter o cumprimento das normas jurídicas por intermédio de procedimentos que incentivem ou estimulem a adesão espontânea e tempestiva dos executados¹⁰⁰.

À bem da verdade, o direito premial ganhou recentemente destaque nacional na esfera penal em função das denominadas “colaborações premiadas”, amplamente utilizadas como ferramenta de apuração dos malfeitos investigados no âmbito da Operação Lava Jato¹⁰¹. Entretanto, a utilização de sanções premiaias em outros campos do ordenamento jurídico, tais como no direito tributário, ambiental, consumerista e cível, é ainda bem incipiente e até certo ponto experimental.

¹⁰⁰ Da mesma forma que as sanções negativas, as positivas também podem ser típicas e atípicas. Dentre as sanções positivas tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se citar, por exemplo, a previsão do art. 701, § 1º, CPC para isenção do pagamento de custas em caso de cumprimento do mandado monitório ou o art. 827, § 1º, CPC, que versa sobre a redução, pela metade, dos honorários advocatícios fixados inicialmente pelo juízo, em caso de pagamento integral do débito pecuniário na execução por quantia certa fundada em título extrajudicial.

¹⁰¹ Iniciada em 17 de março de 2014, a Operação Lava Jato é um conjunto de investigações em andamento pela Polícia Federal do Brasil que cumpriu mais de mil mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva, visando apurar um esquema de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais em propina.

Neste contexto e ao arripio de juspositivistas como Kelsen, a crescente atipicidade dos meios de execução na esfera cível decorrente da inclusão de artigos como 139, IV; 297 e 536, § 1º do CPC representa, de fato, uma janela de oportunidade para utilização mais ampla de sanções premiaias e empurrões (*nudges*) desenhados com base nos conceitos desenvolvidos no âmbito de economia comportamental. Esta abordagem não necessariamente significa o abandono completo dos mecanismos típicos e atípicos de cunho negativo, mas a utilização de um conjunto mais completo de sanções que explorem os inevitáveis vieses cognitivos e emocionais associados à tomada de decisão por parte dos indivíduos.

Na linha defendida por Thaler e Sustein, advoga-se que ações simples como a ampla publicidade às pessoas sobre o que outros indivíduos costumam fazer em situações similares deveriam ser melhor exploradas pelo poder judiciário, inclusive de campanhas publicitárias nos próprios fóruns, como já mencionado. Conforme bem ilustra o experimento de Minnesota, o simples esclarecimento de que o pagamento em dia na cidade era superior a 93% catalisou uma “pressão do grupo” que acabou por estimular alguns indivíduos a cumprir suas obrigações fiscais adequadamente. Trata-se de explorar a tendência de socialização a favor da adoção de práticas que consideramos socialmente desejável, como também já explorado ao longo da monografia.

Neste sentido e com vias a prover maior efetividade na satisfação do direito previamente conhecido, advoga-se aqui o uso concomitante de sanções positivas às negativas no desenho de medidas executivas atípicas nas esferas cíveis. Partindo-se, por exemplo, da constatação advinda da econômica comportamental de que a aversão de risco dos indivíduos é maior em condições de ganho do que na perda, os incentivos para satisfação de obrigações pecuniárias poderiam, por exemplo, ser prioritariamente desenhados com base em um montante inicialmente relevante, com descontos em caso de cumprimento da obrigação até determinado prazo. Seria basicamente uma astreinte às avessas, com descontos não lineares. As eventuais reduções dos descontos poderiam ser gradativamente dosadas com o passar do tempo, mas com decrementos mais expressivos no início do período de modo a induzir mais percepção de perda ao executado.

Nesta hipótese, cabe uma crítica à possibilidade de redução/ eliminação, a posteriori e com efeito *ex-tunc* (retroativo), das multas vencidas, nos termos do artigo 537 do CPC. Esta prática, se comumente empregada pelos tribunais, tem o fito de desestimular o particular a

cumprir a decisão judicial justamente por acreditar na possibilidade da diminuição ou até mesmo no afastamento da multa, sobretudo se o valor superar o objeto da demanda original. Aqui reside mais uma razão para o não acolhimento da tese de enriquecimento sem causa, como já discutido no capítulo antecedente.

É igualmente fundamental que se preserve a capacidade do magistrado em impor sanções negativas a qualquer tempo, sobretudo para obrigações de fazer e de não fazer, mesmo tendo concedido algum tipo de incentivo ao executado em caso de satisfação tempestiva do direito tutelado.

Em relação aos *nudges*, pode-se sugerir, por exemplo, a ampla divulgação nos corredores dos fóruns ou eventualmente nas próprias audiências de instrução e conciliação, de campanhas e estatísticas que estimulem as partes, obviamente sem induzi-las, a considerarem a possibilidade de resolução da lide de forma negociada ou de satisfação da decisão judicial no prazo mínimo definido pelo magistrado. Esta ação poderia preferencialmente ser estruturada em consonância com mutirões de estímulo a prática da resolução consensual de conflitos, sugeridos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e promovidos por diversos tribunais espalhados pelo Brasil. Nesta linha, vale citar a iniciativa do Poder Judiciário Paranaense em criar o Conciliômetro, um trabalho de inteligência que divulgava a todos o número de acordos alcançados em cada um dos cinco dias na última Semana Nacional da Conciliação realizada entre os dias 04 e 08 de novembro de 2019. Inegavelmente, boas práticas não apenas contribuem para desafogar o montante de processos pendentes nos tribunais¹⁰², como permitem estimular a percepções de grupo em favor da resolução das lides em menor tempo.

Embora não haja qualquer garantia de que estes desenhos mais alinhados com os vieses apresentados pelos adeptos da economia comportamental possam funcionar sempre, a expectativa de funcionarem em alguns casos já seria suficiente para viabilizar o uso mais disseminado destes novos arranjos por parte de magistrados, até mesmo pois não há qualquer custo envolvido nesta decisão. O custo de arrependimento em caso de insucesso é, de fato, muito baixo.

¹⁰² Com base nos dados divulgados pelo Poder Judiciário Paranaense, o número de acordos alcançados na última Semana Nacional da Conciliação realizada entre os dias 04 e 08 de novembro de 2019 alcançou 2.226, um crescimento de 58% em relação aos 1.402 acordos da edição passada. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/semanadaconciliacao>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

Entretanto, para viabilizar o uso de sanções premiaias e *nudges* como os listados acima, é fundamental proporcionar a disseminação dos conceitos advindos da economia comportamental entre os atuais e futuros magistrados, assim como o intercâmbio mais amplo entre tribunais de informações e estratégias bem-sucedidas no emprego de sanções premiaias e *nudges*. O oferecimento de matérias opcionais dedicadas a processos decisórios e conceitos de economia comportamental, atreladas a abordagens de Legal Tech¹⁰³, poderia ajudar a catalisar iniciativas adicionais às sugeridas acima.

Por fim e não menos importante, iniciativas como as listadas acima poderiam ser objeto de um esforço de política judiciária por parte do CNJ, que, a partir de ajustes pontuais na Resolução nº 125 de 29/11/2010, poderia proporcionar não apenas maior visibilidade a práticas bem sucedidas, com conferir maior uniformidade na aplicação deste tipo abordagem nos diversos tribunais do país.

¹⁰³ O termo Legal Tech refere-se ao uso de tecnologia para oferecimentos de serviços jurídicos com base na avaliação estruturada da lei e da jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

ARCA, Débora Gomes. **A redução do valor das astreintes vencidas à luz do artigo 537 § 1º do Código de Processo Civil de 2015**. Artigo apresentado como exigência de conclusão de curso de pós-graduação em Direito Processual Civil – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

ASSIS. Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. Indianapolis: Hackett, 1998.

BENEVIDES FILHO, Maurício. **O que é sanção?** Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v.34, n1, 2013.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica**. São Paulo, SP, Hermes Editora e Informação Ltda, 1989.

_____. **Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica**. São Paulo, SP Editora Letras & Letras, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoria del derecho**, Fernando Torres Editor, Valência, 1980.

_____. **Las sanciones positivas**, in “Contribución a la teoria del Derecho”, A. Ruiz Miguel Ed., F. Torres, Valência, 1980.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 16 mai. 2020.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 mai. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Congresso Nacional. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 10 mai. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial provido parcialmente para redução da multa**. Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. REsp 793491 RN 2005/0167371-8. Brasília, DF, 26 set. 2006. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052813/recurso-especial-resp-793491-rn-2005-0167371-8/inteiro-teor-14229083?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial não provido relacionado à exclusão do cadastro de proteção de crédito cumulado com multa.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. REsp 661.683-SP. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=REsp+661.683-SP>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial em que se discute a possibilidade de redução da multa com base nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. prazo inicial para a contagem dos juros moratórios. dissídio jurisprudencial. ausência de demonstração.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. REsp 1.060.293-RS. Brasília, DF, 04 mar. 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19153286/recurso-especial-resp-1060293-rs-2008-0111692-1/inteiro-teor-19153287?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial não provido para redução da multa.** Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. REsp nº 1026.191 RS 2008/0022819-1 Brasília, DF, 03 nov. 2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718660/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1026191-rs-2008-0022819-1-stj/relatorio-e-voto-11878621?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial parcialmente provido para exclusão/supressão da multa.** Execução de pré-executividade. Medidas coercitivas atípicas. Processo Civil. Excesso. REsp 1186960 MG 2010/0051756-7. Brasília, DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339829891/recurso-especial-resp-1186960-mg-2010-0051756-7/inteiro-teor-339829906>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso em Habeas Corpus parcialmente provido a fim de deconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do recorrente.** Execução de título extrajudicial. Medidas coercitivas atípicas. Processo Civil, Multa civil por descumprimento de decisão judicial. Excesso. Recurso em Habeas Corpus nº 97.876 - SP (2018/0104023-6). Brasília, DF, 05 jun. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso em Habeas Corpus não provido, mantendo a validade a suspensão da carteira nacional de habilitação e a condição ao direito do paciente de deixar o país sem oferecimento de garantia. Execução de título extrajudicial.** Medidas coercitivas atípicas. Direito de dirigir. Recurso em Habeas Corpus nº 99.606 - SP (2018/0150671-9). Brasília, DF, 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/12/art20181212-01.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embargo de Divergência em Agravo de Recurso Especial. Astreintes, revisão para atender ao princípio da proporcionalidade e evitar enriquecimento ilícito. Possibilidade. Precedentes. Agravo não provido (EAREsp 650.536/RJ). Brasília, DF, 07 abr. 2021. Disponível em: <

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/1192505649/resumo-informativo-691-do-stj>>.
Acesso em: 20 abr. 2021.

CÂMARA. Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 2º ed. revista e atual. São Paulo, Atlas, 2016.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Sanção jurídica e prevenção**: Qual o lugar das medidas preventivas na Teoria Geral do Direito? Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 54, nº 214 abr./jun. 2017, p. 49-71.

CATHREIN, Victor: **Filosofia del Derecho**, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Vol5. P.443; Ed Podivm, 2017

DIDIER Jr., Fredie et al. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC**. São Paulo: RT, 2004.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. v. 2. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CIALDINI, Robert B. et al. **Managing social norms for persuasive impact**. Psychology Press Ltd, 2006. Disponível em: < <http://www.psypress.com/socinf>>. Acesso em: 06 mai. 2020

COLEMAN, Stephen. **The Minnesota Income Tax Compliance Experiment**: Replication of the Social Norms Experiment. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1393292>>. Acesso em: 09 mai. 2020

COSTA, Marcos Dangelo da. **Delação Premiada**. 2008. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) – UDF Centro Universitário, Brasília, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.452.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal. **Decisão interlocutória para desocupação imediata do Centro de Ensino Asa Branca de Taguatinga – CEMAB**. Processo: 0011279-16.2016.8.07.0013. Brasília, DF, 30 out. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/248397/juiz-autoriza-corte-de-agua-luz-gas-e-alimentos-para-forcar-desocupacao-em-escola-no-df>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ESPÍRITO SANTO. 1ª Vara Federal de São Mateus. **Decisão interlocutória para reintegração de posse do IFES em face da União Municipal dos Estudantes Secundaristas de São Mateus e União Brasileira dos Estudantes Secundaristas**. Processo: 0031263-25.2016.4.02.5003 (2016.50.03.031263-5). Espírito Santo, ES, 24 out. 2016. Disponível em: < <https://sinasefeifmg.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2016/11/UTF-8-b->

REVDSVPDg08gSU5ERUZFUklORE8gQSBERVNPQ1VQQcOHw4NPLn5C-0D0A09filename-15C-BkZg-.pdf >. Acesso em: 29 abr. 2020.

HART, H. L. A.: *Law, Libert and Morality*, Oxford University Press, 1968.

JHERING, Rudolf von.: **Der Zureck in Rechet** (L'evolution du Droit), trad. De Meulerrasse, Paris, 1901, p. 216.

JACOWITZ, Karen E.; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Research Article, November 1, 1995. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/01461672952111004>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Introducion a la Teoria del Derecho**, Ed. Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1954, p. 85.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8º edição, Editora WMF Martins, São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, 2ª ed., RJ, Forense, SP: Método, 2015, p. 347/348)

RIBEIRO, Lucas de Mello. **O artigo 537, § 1º do CPC – alteração da multa arbitrada, incidência ou não sobre as vencidas**. Sítio Migalhas, Rio de Janeiro, mai.2017. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/258803/o-artigo-537-1-do-cpc-alteracao-da-multa-arbitrada-incidencia-ou-nao-sobre-as-vencidas>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Primeira Turma Recursal. **Recurso Inominado que nega provimento ao recurso interposto pelo Banco Itaú S.A para redução/eliminação das astreintes no valor de R\$ 52 mil decorrentes de não cumprimento de obrigação de fazer**. RI 0056933-67.2007.8.19.0058 RJ 0056933-67.2007.8.19.0058. Rio de Janeiro, RJ, 14 mar. 2012. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135230895/recurso-inominado-ri-569336720078190058-rj-0056933-6720078190058?ref=amp>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJ-RS. Nova Câmara Cível. **Recurso não provido contra decisão do juízo singular para limitação da multa diária**. Agravo de Instrumento: AI 70071051114 RS. Rio Grande do Sul, RS, 19 out. 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398143280/agravo-de-instrumento-ai-70071051114-rs/inteiro-teor-398143300>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

RODRIGUES, Luciana Lopes de Souza. **Astreintes: limites de eficácia e o princípio da efetividade**. Artigo apresentado como exigência de conclusão de curso de pós-graduação em

Direito Processual Civil – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. 286 f. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SENADO FEDERAL. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**: Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal no 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2010. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001.

TARTUCE, Flávio. **STJ define critérios para a fixação de "astreintes"**. Internet, Rio de Janeiro, nov.2016. Seção Política. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/406258673/stj-define-criterios-para-a-fixacao-de-astreintes>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: O Empurrão para a escolha certa**. 1º ed., Rio de Janeiro, Objetiva, 2019.

VALENTE, Fernanda. **A ocupação das escolas e a falta de habilidade do Judiciário**. Internet, Rio de Janeiro, nov.2016. Seção Política. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-ocupacao-das-escolas-e-falta-de-habilidade-do-judiciario/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; RAMOS, Newton. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Internet, Rio de Janeiro, ago.2016. Seção Opinião. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

ZANETI Jr., Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT. v. XIV, 2017.