

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Thainara Silva da Costa

Duty to mitigate the loss: a mitigação do próprio prejuízo aplicada às astreintes

**Juiz de Fora
2021**

THAINARA SILVA DA COSTA

Duty to mitigate the loss: a mitigação do próprio prejuízo aplicada às astreintes

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria.

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

Thainara Silva da Costa

Duty to mitigate the loss: a mitigação do próprio prejuízo aplicada às astreintes

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª. Ma. Regina Lúcia Gonçalves Tavares
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª. Ma. Lais Almeida de Souza Lopes
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 02 de setembro de 2021

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR: A NOÇÃO DE BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PROCESSUAL.....	6
1.1 O FENÔMENO OBRIGACIONAL COMO PROCESSO.....	8
2. MODALIDADES DO ABUSO DE DIREITO.....	9
2.1. A VEDAÇÃO AO VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM.....	10
2.2 SUPRESSIO E SURRECTIO.....	11
2.3 DUTY TO MITIGATE THE LOSS.....	13
2.4 CRITÉRIO PARA INCIDÊNCIA DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS.....	14
3. O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO PROCESSO CIVIL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.....	15
3.1. MEDIDAS COERCITIVAS, SUB-ROGATÓRIAS E MANDAMENTAIS.....	17
4. A MULTA JUDICIAL POR DESCUMPRIMENTO – ASTREINTES.....	18
4.1 A REVISÃO/MODIFICAÇÃO DA ASTREINTE.....	19
4.2 A NECESSÁRIA ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DAS PARTES.....	21
4.3. EXERCÍCIO TARDIO DO DIREITO SUBJETIVO AO CRÉDITO: A SUPRESSIO PROCESSUAL NO CASO DAS ASTREINTES.....	23
CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS.....	26

Duty to mitigate the loss: a mitigação do próprio prejuízo aplicada às astreintes

Thainara Silva da Costa¹

RESUMO

Este trabalho tem como objeto analisar a conduta processual do credor no que diz respeito à execução da multa judicial coercitiva (*astreinte*) sob o enfoque da boa-fé processual, positivada no art. 5º do Código de Processo Civil. Precisamente, examina-se a possibilidade de a teoria do *Duty to mitigate the loss*, típica das relações privadas, ser transplantada para o campo processual a fim de coibir comportamentos omissivos por parte do credor que deixa de agir, propositalmente, visando um crescimento exorbitante da multa pecuniária fixada. A investigação desse tema passa pela compreensão de alguns dos institutos derivados do princípio da boa-fé, dentre eles, o próprio *Duty to mitigate the loss*. Assim, os primeiros capítulos deste artigo se debruçará sobre a teoria da boa-fé objetiva e sobre a teoria do abuso de direito, abordando suas características e funções. Fixadas tais premissas, será analisado o dever de o credor minimizar suas perdas dentro da relação processual, quando, em decorrência de sua inércia em exercer a pretensão pecuniária dentro de um lapso temporal razoável, a multa judicial se revelar exorbitante.

Palavras-chave: boa-fé objetiva; processo civil; *astreintes*; *duty to mitigate the loss*; inércia processual.

ABSTRACT

This work aims to analyze the promisor's behavior in legal proceedings regarding pecuniary fine (*astreintes*) focused on good-faith in civil procedural, which is foreseen in article 5º of Brazilian Civil Procedure Code. Precisely, it will be examined the possibility of the mitigation principle, common in Private Law, be applied in civil procedural fields in order to restrain omissive conducts by promisors who don't act in a way intentionally aiming the unreasonable growth of pecuniary fine fixed. The answer for this question calls for the comprehension about some institutes originated from good faith theory, including the Duty to mitigate the loss. Thus, in the first chapter of this article it will be discussed about the good faith in civil procedural as well as the abuse of right theory, addressing their characteristics and functions.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora

Subsequently, it will be analyzed the duty of promisor minimize own loss in the procedural relationship when, as a result of its inertia in exercising the pecuniary fine within a reasonable period of time, the he monetary amount proves to be exorbitant.

Keywords: *objective good-faith; civil procedure; astreintes; duty to mitigate the loss; procedural inertia.*

INTRODUÇÃO

O CPC/2015 buscou instituir um processo à luz da Constituição de 1988, passando a prever em seu art. 1º 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”. Cunhou-se a expressão *modelo constitucional de processo* para designar esse novo paradigma processual vigente após a promulgação do novo diploma.

Além de se preocupar com a efetividade da tutela jurisdicional, o legislador estabeleceu uma série de normas e princípios nos doze primeiros artigos do CPC, no capítulo intitulado “Das normas fundamentais do processo civil”. Dentre esses princípios fundamentais está a boa-fé objetiva, que servirá de marco legal do presente trabalho, no intuito de se investigar as suas implicações práticas para o processo civil, especificamente no que diz respeito ao processo de execução.

Estabelecidas tais premissas e tendo em mente que a cláusula geral da boa-fé servirá de conteúdo normativo axiológico deste trabalho, buscaremos enfrentar de que modo a construção teórica envolvendo a boa-fé desenvolvida para o direito privado pode ser útil ao processo civil no que se relaciona à execução das *astreintes*. Analisaremos, assim, os institutos derivados da boa-fé, tal qual a *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium* e o *duty to mitigate the loss* a fim de demonstrar sua aplicabilidade no âmbito do processo civil em geral, e no particular, de que forma e em qual circunstância o *duty to mitigate the loss* e a *supressio* poderão ser empregados na execução das *astreintes*.

Para cumprir o objetivo delimitado anteriormente, o primeiro capítulo cuidará de estabelecer os contornos da boa-fé tanto no direito privado quanto no direito processual civil, analisando, em seguida, a teoria do abuso do direito. Adiante, será abordado de forma mais detida a teoria da mitigação desenvolvida nos países de tradição *common law*, oportunidade em que analisaremos a sua aplicação no processo civil.

Por último, o instituto da *astreinte* será objeto de análise, e, após a definição de suas principais características, examinaremos a possibilidade de revisão do montante alcançado pela multa judicial tendo como fundamento a boa-fé objetiva.

1. UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR: A NOÇÃO DE BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PROCESSUAL

A expressão *boa-fé* abarca vários sentidos dentro do fenômeno jurídico, inclusive dentro da própria legislação pátria (MARTINS-COSTA, 2018). Em sua acepção subjetiva, denota um estado de consciência, ligada à representação mental e ao ânimo do agente e está relacionada a fatores psicológicos não externáveis. Aquele que age contrariamente à boa-fé, sob essa perspectiva, comporta-se de má-fé, com intenção de lesionar. Exemplificadamente, no Código Civil o emprego da boa-fé subjetiva aparece nos arts. 1.201, 1.214, e 1.219, todos esses dispositivos referem-se ao estado de convicção do possuidor sobre a ausência de defeitos de sua posse.

Em sentido diverso, a boa-fé objetiva² traduz-se em regra de conduta, em outras palavras, em um *standard* de comportamento a ser seguido pelos participantes da relação jurídica. Seu objetivo é, essencialmente, tutelar os deveres de probidade, lealdade e confiança, servindo de fonte de integração e critério para correção de condutas contratuais. Constitui, pois, verdadeira cláusula geral, de observância obrigatória nas relações contratuais e obrigacionais, e como tal, a verificação de seu conteúdo será sempre relacional ao contexto na qual será interpretada. A boa-fé objetiva foi inserida no Código Civil no art. 422 no título dos contratos (título V). Sobre o tema, Martins-Costa ensina que:

Em vista das normas do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422). Nessas três previsões tem caráter geral, espraiando a sua eficácia em numerosos institutos. Mas está também prevista de modo específico em setores delimitados, por exemplo: indicando como há de ser procedida a interpretação moduladora da eficácia de condição resolutiva aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, (art. 128); quais são os limites para o exercício de denúncia em contratos duradouros e de execução continuada (art. 473, parágrafo único); determinando limites ao exercício jurídico do *ius variandi* em contrato de empreitada, num caso específico de *suppressio* (art. 619); impondo especiais deveres de conduta para as partes em contrato de seguro (arts. 765 e 769). (MARTINS-COSTA, 2018, p. 45)

A boa-fé objetiva exerce função tríplice no ordenamento jurídico, sendo elas: função hermenêutica ou interpretativa, a que se refere o art. 113 do Código Civil³; função repressiva ao exercício abusivo de direito⁴, vedação contida no art. 187 do Código Civil⁵, e função criadora de

2 A teoria da boa-fé objetiva foi desenvolvida no Direito brasileiro a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1991), conforme se vê em seu inciso III, art. 4º, tendo sido erigida como princípio da Política Nacional de Consumo. Sobre o desenvolvimento da boa-fé no âmbito nacional Flávio Tartuce nos alerta “não se pode esquecer que o conceito de boa-fé contratual que consta do atual Código Civil tem sua raiz na construção consumerista da Lei 8.078/1990” (TARTUCE, T.; NEVES, D. *Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 51).

3 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

deveres anexos⁶. Essa tridimensionalidade, contudo, alertam Chaves e Rosenvald (2016), não pode ser examinada isoladamente, já que frequentemente rompem-se as fronteiras entre cada uma.

A cláusula geral da boa-fé, em que pese ter sido concebida inicialmente para a seara contratual e obrigacional, foi difundida para além dos limites do direito privado, atingindo e exercendo influência em outras áreas do direito, como no direito público. É o caso do direito tributário, em que, por exemplo, o art. 116, parágrafo único, do CTN, prevê o dever de a autoridade fiscal desconsiderar atos ou negócios jurídicos que dissimulem a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação jurídico-tributária. No processo administrativo, a boa-fé também figura como princípio a ser seguido pela Administração Pública, incorporando, assim, os valores éticos da probidade e da confiança⁷.

Não é diferente com o direito processual, ramo do direito público, eis que não haveria justificativa para que o exercício de situações jurídicas processuais fosse considerado imune ao princípio da boa-fé. Por essa razão, o Código de Processo de Civil de 2015 conferiu à boa-fé o *status* de norma processual fundamental, alcançando todos os sujeitos do processo, inclusive o próprio julgador, na esteira do que é defendido por Márcio Carvalho Faria (2015).

4 A teoria do adimplemento substancial, amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, materializa a função repressiva ao exercício abusivo de direito. Por essa teoria, o credor é impedido de exigir a resolução do contrato quando verificado que a obrigação contratual encontra-se satisfeita em sua essência, segundo uma perspectiva funcional do adimplemento, mesmo não tendo sido cumprida em sua integralidade. Em casos como esse, ao credor é dado o direito de exigir o integral cumprimento contratual pelos mecanismos que a lei lhe confere, a exemplo da execução forçada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Acerca de tal tema, cita-se os seguintes julgados: STJ, AgInt no AREsp 1325497/PR –3ªT.–Rel. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 10/03/2021 e AgInt nos EDcl no AREsp 595277/RJ 4ªT. – Rel. Antonio Carlos Ferreira – j. 09/12/2020.

5 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Dessa redação, vê-se que o Código Civil ao conceituar o ato ilícito o define também como um comportamento excessivo no exercício de um direito desvinculado de sua finalidade econômica ou social. Assim é que, explicitamente, o abuso de direito restou categorizado como ato ilícito.

6 Sobre os deveres anexos oriundos da relação obrigacional, Gustavo Tepedino explica que “ao lado desse duplo papel, a boa-fé constitui-se ainda em fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, ao lado dos deveres específicos estabelecidos no título obrigacional. Trata-se dos deveres de lealdade, de honestidade, (de transparência e) de informação, dentre outros, exigidos das partes de acordo com as peculiaridades de cada regulamento de interesses, no sentido de otimizar o desenvolvimento da relação obrigacional (TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil - Obrigações - Vol. 2. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, pág. 38).

7 Nesse sentido, veja-se o que diz o inciso IV, parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/91 (Lei do Processo Administrativo): “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.”

A esse respeito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), por meio de seus enunciados n° 375, 376, 377, 378⁸, adota o mesmo posicionamento no sentido de compreender a incidência da boa-fé também sobre o órgão jurisdicional.

A título de exemplo, pense no indeferimento pelo juiz de uma prova requerida pela parte autora ao argumento de que sua produção seria desnecessária para o deslinde do feito; porém, ato contínuo, o magistrado julga o pedido improcedente ao fundamento de que o fato que deveria ter sido demonstrado pelo autor não estaria provado, ônus que lhe competia. A toda evidência, essa postura revela-se contraditória e fere a proteção legítima à confiança, tendo em vista que a partir do comportamento gerador de confiança (no caso citado, o indeferimento da prova requerida pelo juiz), esperava-se uma decisão judicial diferente da manifestada.

1.1 O fenômeno obrigacional como processo

A mudança de perspectiva sofrida no campo do direito das obrigações, o qual se voltou ao cumprimento de valores constitucionais, tendo a dignidade humana e a solidariedade social como principais expoentes, deu lugar à concepção de obrigação como processo, no qual ambas as partes devem colaborar para o cumprimento da obrigação (TEPEDINO, 2020), antagonizando, assim, o modelo estático de obrigação que lhe reservava o Código Civil anterior. A partir desse novo modelo, assevera Clóvis Couto e Silva (2007), tornou possível conceber a obrigação sob o viés de sua funcionalidade, voltada a atingir o escopo idealizado pelas partes, fazendo, por conseguinte, que o vínculo obrigacional fosse necessariamente e cada vez mais orientado pela boa-fé.

A ideia segundo a qual a obrigação se desenvolve como processo é indispensável para compreender o fenômeno da boa-fé sob a ótica processual que será desenvolvida ao longo deste trabalho, bem como para entender possíveis consequências que ela acarretará. É que a relação jurídico-processual em sua perspectiva instrumentalizada e voltada à cooperação dos sujeitos processuais precisa ser desenvolvida de acordo com um padrão de comportamento leal e justo. Assim, dado que a relação processual é formada pelas partes em contraposição e por um órgão

8 O V FPPC ocorreu em Vitória/ES, nos dias 1º, 2 e 3 de maio de 2015, tendo sido aprovados 115 Enunciados ao todo, dentre eles o Enunciado n° 375 “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”; Enunciado n° 376 “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”; Enunciado n° 377 “A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos” e Enunciado n° 378 “A boa fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios”.

jugador, nada mais natural que comportamentos tendentes a violar a boa-fé sejam reprimidos ou, ainda, penalizados, a depender das circunstâncias em concreto.

2. MODALIDADES DO ABUSO DE DIREITO

A vedação ao exercício abusivo de direito tem como objetivo impedir que um direito seja desvirtuado em sua finalidade, uma vez que há atos que a despeito de transparecerem objetivamente lícitos pode ser injustos (NASCIMENTO, 2014), numa perspectiva objetiva-finalista. Explica-se. O auferimento da regularidade no exercício de um direito transcende a literalidade da lei para abarcar comportamentos com aparência de legalidade mas revestidos de injustiças, no sentido ético do termo. Nesse ponto, não estamos nos referindo ao ilícito subjetivo, ancorado na culpa ou no dolo, e sim às condutas aparentemente lícitas mas ilegítimas do ponto de vista axiológico, a exemplo daquele que demanda em juízo algo que manifestamente sabe não ter direito, por não haver plausibilidade jurídica em seu pedido. Foi essa a intenção do legislador ao prever que comete ato ilícito o titular de um direito subjetivo que ao exercê-lo “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, na dicção do art. 187 do Código Civil.

Com efeito, objetiva-se reprimir direitos com aparência de licitude porém ilícitos quanto ao seu modo de exercê-lo, eis que contradizentes com o seu fim econômico, social ou com os bons costumes. O supracitado art. 187 foi inspirado no art. 334 do Código Civil português que positivou o abuso de direito numa concepção eclética, conforme se vê de sua redação “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. Para Teresa Negreiros (2002), o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes, de modo que o exercício de um direito será tido como irregular e, conseqüentemente, abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de expectativas.

Correto, portanto, o Enunciado nº 37 aprovado na I Jornada de Direito Civil que preconiza “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”⁹ Assim, para a caracterização do abuso de direito sob tal espectro de análise não se indaga se a conduta é subjetivamente censurável, ou se houve culpa ou dolo, para que se considere uma ação contrária ao direito (CHAVES; ROSENVALD, 2016), sendo

⁹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em 06 agosto de 2021.

certo que em todos os atos qualificados como abusivos de direito estará presente uma violação ao dever de agir com lealdade e probidade. Nesse sentido, destacam-se quatro desdobramentos da teoria do abuso de direito: *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e o *duty to mitigate the loss*, a seguir abordadas.¹⁰

2.1. A vedação ao *venire contra factum proprium*

A vedação ao *venire contra factum proprium* integra a função limitadora da boa-fé, buscando conter o exercício de direitos subjetivos ao mesmo tempo em que constitui fonte de deveres. O *venire* revela-se quando um sujeito, de forma que não vincule especificamente a sua conduta, manifesta a intenção de praticar determinado ato ou de abster-se em relação ao seu exercício, contrariando, em seguida, tal comportamento (MENEZES CORDEIRO, 2007). A articulação entre a boa-fé e a proibição de comportamentos contraditórios está na tutela jurídica conferida pela primeira em relação à segunda. O que se busca sancionar são as condutas qualificadas como contraditórias que violem expectativas legitimadas por fatores racionalmente apreensíveis ou objetiváveis, dentro de um contexto negocial. (MARTINS-COSTA, 2018)

Contudo, impõe-se destacar que não é qualquer comportamento contraditório que será objeto de tutela jurídica. Abstratamente, admite-se como contraditória uma situação na qual decorre benefício, ou a expectativa de benefício, para a contraparte, à qual se segue uma contradição, originada por um segundo comportamento pelo autor do *factum proprium*. Trata-se, nesse prisma, de uma obrigação de *não fazer* que veda a prática de condutas incoerentes com a situação anterior do sujeito e que venha frustrar as expectativas da parte contrária.

Assim, a proibição de comportamento contraditório visa reprimir condutas que, embora não desautorizadas pela lei ou pelo contrato, afiguram-se em concreto abusivas por lesar a legítima confiança despertada na contraparte a partir do comportamento inicial.

Especificamente no que se relaciona à boa-fé processual, objeto de enfoque deste trabalho, o *venire contra factum proprium* aparece nitidamente no art. 833, §1º, CPC. Segundo esse dispositivo, é vedado se valer do benefício da impenhorabilidade o exequente que oferece o próprio bem em garantia e depois a invoca a fim de afastar o bem da execução. Nesse caso, além de se tutelar a boa-

10 Os institutos citados foram reconhecidos como desdobramentos do princípio da Boa-fé pelo Enunciado nº 412 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “as diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”

fé objetiva, a regra em comento valoriza a autonomia da vontade daquele que livremente optou pela dispensa da proteção legal lhe conferida. Não poderia ser diferente, já que no processo a lealdade assume o papel de dever jurídico a ser seguido pelos sujeitos integrantes dessa relação, conforme dicção do art. 5º, CPC. Portanto, não se autoriza que o executado abuse desse direito – o da impenhorabilidade referido no *caput* do art. 883 -, opondo-o de forma contraditória com o fim indevido de impedir a atuação executiva do credor.

2.2 *Supressio e surrectio*

Ao lado do *venire*, as figuras da *supressio* e *surrectio* também são consideradas modalidades de exercício inadmissível de direito por ofensa à boa-fé. Em resumo, a primeira traduz-se na situação do direito que deixou de ser exercido em determinada circunstância de modo a gerar na parte contrária uma expectativa ou confiança legítima de que este não mais seria exercido. A essência da *supressio* encontra fundamento na tutela da confiança, uma vez que verificada a inércia do titular do direito por considerável decurso de tempo, somada à expectativa de que este não será mais atuado, a consequência é a extinção desse direito.

A *surrectio* se trata do mesmo fenômeno, porém visto por prisma inverso (MARTINS-COSTA, 2018), consistente na aquisição de um direito subjetivo em razão do exercício de uma situação jurídica que se prolonga no tempo, ainda que esta seja exercida ao arrepio do pacto contratual ou da lei.

Na relação processual, Alexandre Freitas Câmara, ao mencionar a boa-fé como princípio fundamental do processo civil, admite a aplicação da *supressio* e da *surrectio*, bem como da vedação ao *venire contra factum proprium* quanto a fatos processuais, como efeito da boa-fé:

Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se da maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio* e *surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios (FPPC, enunciado 378). (CÂMARA, 2020, p. 7)

Exemplificando a utilização da *supressio* processual, Fredie Didier Jr. (2021) cita a perda do poder do juiz de examinar a admissibilidade do processo, após anos de tramitação regular, sem que ninguém houvesse suscitado a questão durante o seu curso. Trata-se, precisamente, de *supressio* do poder jurisdicional de controlar a regularidade do processo, em homenagem à confiança, à

cooperação e à boa-fé objetiva. Outra situação trazida pelo autor é verificada na perda da parte de alegar certa nulidade processual em razão do lapso temporal transcorrido, na medida em que faz surgir, na parte contrária, a confiança de que não mais seria suscitada qualquer nulidade naquele processo.

A *supressio* processual foi utilizada pelo TJRS como fundamento para negar o pedido de prisão civil pelo devedor de alimentos, formulado na ação de cobrança, na qual pretendia o autor o pagamento de alimentos referente aos 12 anos em que o seu genitor ficou inadimplente. O período continuado no tempo caracterizou a *supressio* do alimentante ao seu direito subjetivo ao crédito, pois “em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 12 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa no devedor e na efetividade social de que não haveria mais pagamento e cobrança”.

Esse entendimento tem o mérito de nos mostrar que os institutos corolários da boa-fé têm aplicação ainda que o direito em discussão seja indisponível e irrenunciável, como é o caso do direito a alimentos, o que não poderia ser diferente, tendo em vista a boa-fé ser princípio de ordem pública de observância obrigatória nas mais variadas relações jurídicas, sejam elas contratuais ou familiares.

2.3 Duty to mitigate the loss

Percorrido o caminho acerca dos desdobramentos da boa-fé objetiva, enfrentaremos a partir de agora mais um deles, analisando, inicialmente, sua origem, fundamentação e aplicabilidade no direito pátrio.

O dever geral de boa-fé projeta regras de conduta que atinge ambas as partes da relação obrigacional. No que tange especificamente ao credor, desenvolveu-se com fundamento na boa-fé objetiva a doutrina da mitigação (*doctrine of mitigation*)¹¹, concebida nos países de tradição *commom law* com a finalidade de sancionar comportamentos desleais e não cooperativos por parte de credor. Sob essa ótica, o credor deve adotar medidas para que o seu dano não seja agravado numa situação de inadimplemento contratual, sob pena de violação da boa-fé. Explicando de outro modo, diante da mora do devedor, o credor omissivo que retarda, intencionalmente ou não, o

11 A doutrina da mitigação cunhou a expressão de origem inglesa “*duty to mitigate the loss*”. Segundo explica José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, no direito romano já havia a ideia de a parte prejudicada evitar ou minimizar o seu prejuízo, com a noção de que a indenização, dependendo da atitude tomada, não poderia ser total. Eram situações dispostas no *Corpus Iuris Civilis* que, mesmo que implicitamente, traziam essa noção de mitigação, ainda baseada na ideia de limitação da responsabilidade e da culpa. (KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19).

exercício de seu direito subjetivo ao crédito, com a finalidade de aumentá-lo, incorre em exercício abusivo de direito.

No Brasil, a figura do dever de mitigar o próprio prejuízo não encontra expressa disposição legal, porém, pode-se afirmar que ela foi incorporada no direito pátrio pelo Enunciado nº 169 do Conselho da Justiça Federal (CJF) que estabelece “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”¹². Com efeito, o comportamento desidioso e negligente do credor implica violação do dever de cooperação e, conseqüentemente, acarretará em sanção na sua esfera jurídica.

Sob o enfoque da jurisprudência, cita-se paradigmático REsp 758.518/PR¹³, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, no qual foi analisada a atitude processual de inércia do credor. No caso, o recorrente, promitente vendedor, propôs em face do promitente comprador ação reintegratória de posse cumulada com pedido de indenização relativo ao contrato de compra e venda de bem imóvel firmado em 1994, do qual o devedor restou inadimplente, não pagando o preço estipulado. Porém, somente em 2002 o credor ajuizou a mencionada ação, isto é, após o transcurso de quase sete anos, veio a tomar providências no sentido de reaver a posse do bem outrora alienado. Analisando a conduta do autor, concluiu o colegiado da 3ª Turma que esta se caracteriza como abusiva por não ter exercido a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, o que se revelaria um ilícito processual caducificante.

12 De autoria da professora Vera Fradeira, o enunciado em referência foi aprovado no ano de 2004 durante a III Jornada de Direito Civil, com base em seus estudos sobre a aplicação deste instituto no direito comercial internacional. Fradeira inspirou-se no art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG – de 1980, que foi incorporado pelo Brasil em 04 de março de 2013, nos termos do Decreto Legislativo nº 538. Diz referido dispositivo “*A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada*”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-convencao-137911-pl.html>. Acesso em 28 jun. 2021.

13 O REsp em comento foi assim ementado: DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (grifos nossos).

2.4 Critério para incidência do *duty to mitigate the loss*

Em conformidade com o que foi abordado, a mitigação do prejuízo constitui dever de natureza acessória decorrente da boa-fé e determina que o credor adote medidas hábeis com o fim de evitar o agravamento de seu dano originado de uma inexecução contratual. Contudo, qual deve ser o critério para aplicação desse instituto? É cediço que a vagueza de cláusulas gerais, como é o caso da boa-fé, confere ao intérprete ampla margem de discricionariedade, fazendo necessário que a incidência da norma seja ajustada conforme o caso em julgamento. Nessa esteira, na quantificação do prejuízo para aplicação ou não do dever de mitigação há de ser considerado um *standard* de razoabilidade, tanto para apontar a concreta manifestação do dever/ônus jurídico quanto para assinalar a medida do esforço exigível por parte do lesado (MARTINS-COSTA, 2018).

Não seria lícito, pois, exigir do credor, em qualquer circunstância, um sacrifício de seus interesses pessoais e tampouco a renúncia de seu direito ao argumento de que teria deixado de atuar com o máximo nível de diligência face ao inadimplemento do *alter*. Mesmo porque o intuito da *doctrine of mitigation* é o de caracterizar como abusiva a inação do titular de um direito subjetivo que não adota um comportamento esperado dos credores em situações da mesma natureza.

Nesse sentido, a ideia central reside no dever de se evitar que a parte lesada espere passivamente a ocorrência quando poderia e deveria evitá-lo, não podendo se cogitar que isso implique risco de perda econômica ou que o credor deva fazer qualquer coisa dentro de seu alcance. Por óbvio, as medidas mitigadoras do dano devem ser guiadas segundo critérios razoáveis, tendo como foco o que uma pessoa de *normal diligência* adotaria diante das circunstâncias do caso concreto.

3. O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO PROCESSO CIVIL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

Em que pese a lacuna legal do dever de mitigar o prejuízo no direito brasileiro, não há dúvida quanto à sua incorporação pelo direito civil, o que se afirma com base nos inúmeros julgados¹⁴, notadamente nos últimos anos, em que se constata a sua aplicação amparada no princípio da boa-fé. Com efeito, à vista da introdução de institutos tipicamente de direito privado pelo direito

14 Acerca da jurisprudência formada sobre o tema citam-se os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1657149/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Terceira Turma, julgado em 22/06/2020. DJe 30/06/2020; REsp nº 1.274.629/AP 2011/0204599-4, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/05/13, DJe 20/06/2013; HC 137549/RJ. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/02/2013. DJe 20/02/2013.

processual, como é o caso da *supressio* e da *surrectio* tratadas anteriormente, sobressai a seguinte indagação: é possível conceber o *duty to mitigate the loss* no processo civil? Se sim, em quais circunstâncias e sob quais fundamentos?

A resposta é positiva, uma vez que a boa-fé processual determina aos sujeitos do processo que atuem cooperativamente, e, assim sendo, não poderia o processo civil chancelar condutas abusivas. A aplicação da teoria da mitigação no processo civil também está fundada na boa-fé a qual reconhece que comportamentos produzem legítimas expectativas. Dessa feita, a exigência de que os sujeitos do processo adotem uma postura leal e cooperativa em juízo proíbe a figura do credor desidioso, inerte, que não diligencia em seu próprio interesse, no intuito de evitar o agravamento de seu prejuízo. Daí se conclui a imprescindibilidade da incorporação da *doctrine of mitigation* no processo civil como forma de censura à inércia processual do credor inativo.

Voltando-se ao segundo questionamento, responderemos em qual circunstância estaria justificada o dever de mitigação no processo. Quando se fala em inércia processual das partes em juízo – no aspecto de se exercer tardiamente um direito subjetivo – constata-se que ela é particularmente verificável na execução da multa judicial fixada em razão do descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Exemplificando, imagine-se a seguinte situação: numa ação judicial o réu é intimado a cumprir determinada decisão, dentro do prazo nela fixado, sob pena de multa. Este, porém, deixa transcorrer o prazo para o cumprimento da tutela deferida, momento em que começa a incidir a multa judicial cominada, a chamada *astreinte*. O autor, por seu turno, também permanece inerte por longo período, enquanto a multa continua a correr; passado mais um intervalo de tempo, o credor postula a execução da multa vencida por todo o período de atraso no cumprimento da decisão.

Fredie Didier Jr. cita um caso semelhante ao ora exemplificado:

A autora de uma demanda, em cujo favor se destinava a multa fixada em uma decisão liminar, fez carga dos autos em novembro de 2002, devolvendo-os ao cartório em janeiro de 2007 - 51 meses depois, portanto. A devolução dos autos judiciais veio acompanhada de petição contendo pedido de execução de multa diária, em valor superior a R\$13.000.000,00 (treze milhões de reais), por suposto descumprimento de ordem judicial que determinava a retirada do nome da autora dos cadastros dos órgãos de proteção crédito. (DIDIER, 2009, p. 4)

Pode-se apontar, a partir desse caso, que o credor agiu omissivamente no exercício abusivo de direito, sem observar os ditames da boa-fé, na medida em que viu crescer o seu prejuízo, face ao descumprimento do devedor, sem impedir ou ao menos minimizar sua perda. Condutas assim não podem ser toleradas não só porque violam a cláusula geral da boa-fé, mas também porque acabam

por distorcer o caráter instrumental do instituto das *astreintes*, fazendo com que o crédito decorrente da multa se converta no principal objetivo do processo.

Analisando o dever de mitigação, Rafael Caselli (2021) afirma ser inadmissível a tutela jurídica do credor que se mantém inerte, em vista do aumento da multa diária da parte adversa, sendo esse o fundamento utilizado pelo TJSP¹⁵ para redução dessa verba, cujo voto da relatoria faz expressa menção ao dever de se evitar o próprio prejuízo. Nesse sentido, segundo a relatora, ainda que inuidosa a responsabilidade do devedor pela multa diária lhe imposta e a gravidade de sua desídia, não se pode ignorar que o credor foi conivente com o dano sofrido.

3.1. Medidas coercitivas, sub-rogorias e mandamentais

O descumprimento de decisões judiciais, sejam elas de qualquer natureza, impõe prejuízo não só àquele cuja decisão lhe aproveita mas também acaba por comprometer a efetividade da tutela jurisdicional numa perspectiva mais ampla, e, conseqüentemente, a razoável duração do processo preconizada no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição. Diversas técnicas intimidatórias previstas na legislação processual foram criadas com o fim de conferir eficácia às decisões emanadas do Poder Judiciário, classificadas em mandamentais, sub-rogorias e coercitivas, as quais visam assegurar a efetividade do direito material reconhecido judicialmente, seja por meio de pressão psicológica exercida sobre o devedor (função coercitiva, inserindo-se aqui as *astreintes*, a prisão do devedor de alimentos e a inclusão do devedor no cadastro de inadimplentes) ou por meios de sub-rogação, nos quais se verifica típica atividade substitutiva do juiz, em que se busca obter o resultado idêntico ou equivalente assegurado ao autor sem que, para tanto, seja necessária a atuação do réu. Como exemplos de medidas sub-rogorias, cita-se a busca e apreensão, a imissão na posse e a alienação judicial do bem penhorado. (MEIRELES, 2017)

Por fim, fala-se em medidas mandamentais aquelas dirigidas ao devedor ou a terceiro para que cumpram decisão de cunho constitutivo, mas que não se confundem com a tutela pretendida, sendo mais úteis nas obrigações fazer ou não fazer de natureza infungível, devendo ser preferencialmente adotadas em casos extremos, uma vez que o seu descumprimento acarretará na prática de crime de desobediência. (MEIRELES, 2017)

É indiscutível que o CPC vigente conferiu ao magistrado amplos poderes para assegurar a eficácia do provimento judicial, seja na fase cognitiva, na tutela provisória, no cumprimento de

15 TJSP - APL: 0017716-65.2009.8.26.0506, Relatora: Maria Lucia Pizzotti. Data de julgamento: 22/07/2015, 30.7ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 24/07/2015.

sentença ou na fase executiva, o que se conclui pela previsão do art. 139, IV¹⁶: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe (...) 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.”

Por sua vez, a multa judicial assumiu especial protagonismo quando comparada às demais medidas inseridas no CPC. Assim, tendo em conta o escopo deste trabalho, analisaremos brevemente as principais características e finalidade das *astreintes* para, em seguida, abordar as possíveis consequências de sua execução tardia pelo credor.

4. A MULTA JUDICIAL POR DESCUMPRIMENTO – *ASTREINTES*

Amplamente utilizada no dia a dia forense, a *astreinte* nada mais é do que uma técnica intimidatória e indireta, de natureza coercitiva, imposta ao devedor como consequência do inadimplemento de uma prestação. É intimidatória, pois busca compelir o obrigado, sob ameaça de desvantagem patrimonial, a executar a obrigação lhe imposta, sem prejuízo das perdas e danos eventualmente apuradas no processo¹⁷, cabendo ao credor exigí-la, já que revertida em seu benefício. Poderá o juiz instituí-la *ex officio*¹⁸, sem que isso configure julgamento *extra petita*, conforme deixa claro o art. 537, §1º, CPC, bem como alterar o seu valor ou periodicidade quando (i) esta se mostrar insuficiente para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação; (ii) se torna excessiva; (iii) o devedor demonstrar cumprimento parcial da obrigação ou (iv) se verificar justa causa para seu descumprimento.

A possibilidade de alteração de seu *quantum* e de sua periodicidade, a critério do magistrado, reside no fato de que a multa judicial não é um fim em si mesma e só existe para fazer valer a ordem judicial que tenha por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer¹⁹, através da

16 Além do supracitado dispositivo, diversos outros artigos inseridos no CPC objetivam dar efetividade às decisões jurisdicionais, a exemplo dos arts. 380, 400, 403, 536.

17 Não é demais enfatizar a autonomia e independência entre a *astreinte* e a indenização por perdas e danos, afinal, é essa a literal previsão do art. 500 do CPC: “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”. Com efeito, a multa poderá incidir cumulativamente com eventuais perdas e danos, eis que possuem naturezas distintas: enquanto a primeira é de natureza coercitiva, a segunda é compensatória/indenizatória, de sorte a afastar qualquer alegação de compensação entre ambas ou de *bis in idem*.

18 Nesse sentido veja-se o que diz o Enunciado nº 396 do FPPC: “As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em 11 agosto 2021).

19 No campo doutrinário, há quem defenda a possibilidade de aplicação das *astreintes* também nas obrigações de natureza pecuniária, ou seja, nas obrigações de pagar quantia. Grandes nomes do processo civil são adeptos a essa tese, com destaque para Luiz Guilherme Marinoni, Marcelo Lima Guerra e Daniel Mitidiero. Contudo, mesmo aderindo a tal

coerção exercida na pessoa do devedor. Daí se conclui que sobre a *astreintes* não recai a imutabilidade da coisa julgada, que veda a rediscussão e revisão de decisões judiciais e, tampouco, incide o instituto da preclusão.

Na *praxis*, quando se fala na periodicidade das *astreintes* o mais comum é que a sua incidência ocorra por dia de descumprimento - o que deu origem à expressão “multa diária” -, a despeito disso, não há óbice para que ela seja cominada levando em conta outro parâmetro temporal: semana, quinzena, mês, ou mesmo horas. De forma acertada, Rafael Caselli enfatiza que a escolha envolvendo a periodicidade da multa deve observar se o descumprimento é contínuo, periódico, bem como se a obrigação inadimplida é omissiva ou comissiva.(PEREIRA, 2021) Leonardo Greco, por seu turno, esclarece:

“a multa mais comum é a periódica diária, na execução de prestações de fazer e nas de não fazer para exigir o desfazimento da violação, enquanto nas execuções de prestações de não fazer de caráter inibitório ela deve ter valor fixo, simples ou múltiplo, conforme possam ocorrer ou não várias violações”.(GRECO, 2020, p. 146)

Em verdade, o determinante nessa escolha passa pela avaliação do bem da vida pretendido com a decisão judicial e também pelo tipo de inadimplemento; sendo contínuo, a multa deverá ser fixada em dias, ou até mesmo em horas; por outro lado, se for periódico (semanal, mensal, trimestral, anual, etc) a multa deve ser fixada de acordo com este intervalo. (PEREIRA, 2021)

4.1 revisão/modificação da *astreinte*

A revisão da multa judicial a que se refere o §1º do art. 537, será, em regra, para o futuro, isto é, não retroativa (*ex nunc*), sendo esse o entendimento dominante na doutrina²⁰ que se firmou após o advento do CPC/2015.²¹ A grande questão é saber se, em determinadas circunstâncias, seria cabível a sua revisão de forma retroativa e quanto a isso a doutrina não é unânime. Na prática, costuma-se verificar a redução do *quantum* da multa quando alcançado acentuado valor, sob o argumento de que o processo não pode servir de meio para o enriquecimento sem causa do credor, o

linha de pensamento, Rafael Caselli nos adverte sobre a necessidade de se analisar o caso concreto para o fim de delimitação da cláusula geral da efetivação, cuja aplicação deverá se dar de forma excepcional e subsidiária. (PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial...*op. cit., p. 121).

20 Sobre o tema, cita-se o entendimento doutrinário de Guilherme Rizzo Amaral segundo o qual “a modificação do valor unitário ou da periodicidade da multa não pode se dar retroativamente. Assim, a insuficiência ou excesso do valor unitário da multa vincenda somente pode ser revisado para o futuro (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 661).

21 Anteriormente, na vigência do CPC/1973, o art. 461, §6º possibilitava a modificação da multa judicial, seja em seu valor ou em sua periodicidade, inclusive de ofício pelo juiz, caso se verificasse que esta se tornou insuficiente ou excessiva. Essa modificação possuía eficácia retroativa, alcançando, portanto, a multa vencida e vincenda. Com o CPC/2015, tal previsão restou alterada pelo art. 537, §1º, CPC ao estabelecer de modo expresso que a revisão se aplica apenas à multa vincenda.

que conta com apoio doutrinário de parcela da doutrina. É o caso de Fredie Didier Jr. para quem “a revisão do montante da multa que já incidu é, repetimos, excepcional e tem lugar quando a efetividade da tutela jurisdicional entra em choque com a vedação ao enriquecimento sem causa. Admite-se, nesses casos, uma revisão, com eficácia retroativa, do montante acumulado”. (DIDIER, 2017, p. 610)

Em sentido oposto, Rafael Caselli argumenta não prosperar a ideia de que a redução do valor alcançado pelas *astreintes* evitaria o enriquecimento ilícito ou sem causa do credor. Para o autor, uma eventual redução da multa vencida não deve ser fundamentada no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, entendimento presente na 4ª Turma do STJ²², “uma vez que a *causa*, para o sempre alegado enriquecimento, foi ocasionada pela desídia do devedor da obrigação com o próprio Poder Judiciário”.(PEREIRA, 2021, p. 261). No ponto, sustenta que a redução do valor da multa cominatória passa, necessariamente, pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (PEREIRA, 2021, p. 270) inseridos no art. 8º, CPC, sem perder de vista a análise do comportamento das partes em juízo para o fim de verificar o cabimento de sua redução ou manutenção, o que abordaremos a seguir.

Verificando a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos para modulação das *astreintes*, o STJ, no julgamento do AREsp nº 738.682/RJ²³, estabeleceu alguns importantes

22 O autor traz como exemplo o AgRg no AREsp 627.474/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma, julgado em 14/804/2014, no qual preponderou a necessidade de redução do valor das *astreintes*, para fins de vedar o enriquecimento sem causa da parte credora.

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

critérios norteadores a serem considerados, com destaque para: (i) o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; (ii) o tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); (iii) a capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor; e (iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*). Ainda, no voto-vencedor do Ministro Luis Felipe Salomão, foi acertadamente destacado outros dois importantes vetores quando se trata das *astreintes*, quais sejam, a efetividade da tutela prestada e a “capacidade econômica e a capacidade de resistência do devedor (...) para fins de delimitar o efeito intimidatório da multa, possibilitando seja apta a agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer determinado comportamento”.

Fredie Didier Jr. (2018) leciona que, para além dos parâmetros citados, o magistrado deve ainda avaliar se o cumprimento da obrigação na forma especificada é jurídica e materialmente possível e se a multa é o meio executivo adequado, necessário e compatível com interesse tutelado, sendo certo que *astreinte* fixada para a tutela de direitos fundamentais como a vida, a saúde, a integridade física, o acesso à educação, a manutenção do meio ambiente equilibrado, dentre outros de igual quilate, há de ser mais expressiva à vista da importância dos bens que visa a proteger.

4.2 A necessária análise do comportamento das partes

Além de observar os critérios acima apontados, é preciso ainda considerar outro relevante aspecto: o comportamento das partes em juízo, tendo como baliza o princípio da cooperação, o qual resulta, em última análise, da aplicação da boa-fé objetiva. Com esse viés colaborativo, objetiva-se no processo de execução diferenciar a conduta desidiosa e reticente daquela que é proativa e cooperativa. Assim é que os princípios da boa-fé, da colaboração e da cooperação entrarão em cena vinculados ao instituto das *astreintes*.

Com efeito, caberá ao magistrado avaliar as condutas das partes com o fim de identificar o devedor e o credor desidioso, não cooperativo e que ignora os deveres laterais oriundos da boa-fé. Vale dizer, a valoração comportamental na perspectiva da boa-fé processual será de extrema importância no momento de se decidir acerca da redução/exclusão ou manutenção da *astreinte*. Em relação ao devedor, é possível, por exemplo, verificar se ele se comporta objetivamente²⁴ interessado em cumprir a obrigação lhe imposta quando informa ao juízo acerca das providências

principal (aproximadamente, R\$110.000,00). Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o seu prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, é razoável a redução da multa coercitiva para o montante final de R\$100.000,00 (cem mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido. (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016).

que estão sendo tomadas, ou a partir da quantidade de intimações recebidas, pelo tempo transcorrido entre a intimação e o efetivo cumprimento, bem como pelos motivos que o levaram a adotar tal comportamento. (PEREIRA, 2021)

Por óbvio, certas decisões serão mais ou menos difíceis de serem cumpridas, a depender da determinação nela presente. Uma coisa é o atraso na entrega de medicamento que depende de importação e de trâmites burocráticos fora da alçada do executado, outra é a demora em cumprir a ordem judicial que determinou a retirada do nome do autor nos cadastros de inadimplentes, inserido indevidamente. Não há, no último caso, dificuldade técnica ou operacional a justificar o descumprimento da ordem judicial.

Com efeito, o que se está querendo ressaltar é a imprescindibilidade de voltar-se à análise do comportamento do obrigado para concluir se há ou não desídia de sua parte, se o descumprimento em questão é ou não justificável sob o ponto de vista fático-jurídico, para que, então, esteja fundamentada a manutenção ou redução do montante acumulado a título de multa.

Levando em consideração que o dever de agir de boa-fé atinge todas as partes no processo, o comportamento do credor também não pode ser deixado de lado. Leonardo Greco assimila a boa fé:

“à conduta do sujeito absolutamente coerente com a sua consciência de certo e de errado, seja quanto à verdade dos fatos, seja quanto à possibilidade de existência do seu direito e dos direitos dos demais sujeitos, seja quanto à contribuição positiva que essa conduta deva prestar à boa administração da justiça em igualdade de condições e de oportunidades para todos os jurisdicionados, que se reflete no conteúdo das suas alegações, dos seus requerimentos e de todos os seus atos e omissões”. (GRECO, 2015, p. 246)

Assim, eventual redução ou manutenção das *astreintes* exigirá do julgador também a análise do comportamento da parte credora da obrigação, sendo, pois, fundamental a cooperação do exequente no sentido de impedir que, em razão de ato imputável a ele, o valor da pena aumente consideravelmente. (ASSIS, 2016)

Seguindo essa linha de análise, espera-se que o credor colabore para efetivação do direito material tutelado, afinal, é ele o beneficiário da decisão, postulando o cumprimento da obrigação, inclusive solicitando ao juiz a adoção de medidas mais eficazes de coerção. Nesse sentido, o dever de mitigação (*duty to mitigate the loss*) emerge como critério para fundamentar a redução da multa coercitiva eis que a inércia processual do credor não é admissível à luz da boa-fé, o qual deverá, na medida de suas possibilidades, impedir o aumento desnecessário do montante alcançado pela multa. Objetiva-se com isso impedir o que se denomina por *indústria das astreintes (ou da multa)* fazendo

24 Na análise da conduta das partes, não é demais frisar que ela deve ser aferida sob o viés objetivo, ou seja, sem perquirir acerca do estado de consciência ou do ânimo do agente. Isso porque a boa-fé tutelada no CPC é a objetiva, conforme já se discorreu nos capítulos iniciais do presente trabalho.

com que o lucro obtido com a multa judicial assumia valor tão elevado, sendo mais vantajosa do que a própria tutela buscada em juízo. (AMARAL, 2010)

Como visto, o descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo é ato ilícito que viola a cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva, portanto, não seria lícito aceitar que o credor assista inerte o aumento da *astreinte* quando poderia e deveria ter agido no sentido de evitar o agravamento de seu prejuízo. Ressalte-se que a multa pecuniária é meio de coerção que visa atuar na esfera psicológica do devedor com o fim de que satisfaça a obrigação em face do credor, e não um fim em si mesma, pois não possui caráter compensatório da inadimplência do devedor.

Por isso discordamos do entendimento que afirma que a revisão das *astreintes* implicaria no desvirtuamento da finalidade deste instituto favorecendo o devedor que poderá requerer a sua alteração ou exclusão no momento em que lhe for conveniente.²⁵ A uma, porque a revisão da multa consolidada deve ser vista como algo excepcional e não como regra, sob pena da perda de sua eficácia coercitiva. A duas, porque apenas na presença de certos parâmetros²⁶, já mencionados, é que será dado ao magistrado o poder de modular o *quantum* alcançado pelas *astreintes*, sempre e necessariamente à luz da ponderação e da razoabilidade.

4.3. Exercício tardio do direito subjetivo ao crédito: a *supressio processual* no caso das *astreintes*

Como visto, a inércia injustificada do credor na execução da multa judicial fixada em seu favor configura conduta processual abusiva por violação à boa-fé, admitindo-se o *duty to mitigate the loss* quando o não exercício da pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável acarretar no aumento considerável da multa. (DIDIER, 2009)

Diante desse cenário, admite-se a possibilidade da aplicação da *supressio* com vistas a reduzir ou a excluir a multa consolidada quando verificada conduta desidiosa do credor, seja ela omissiva ou comissiva. Não se trata aqui de aplicação analógica aos institutos da prescrição e da decadência, já que nesses casos há prazos preestabelecidos em lei, o que não ocorre na *supressio*, exigindo do magistrado sopesar o caso concreto. Com efeito, concluindo que o credor faltou com o dever de cooperação ao deixar o valor da multa aumentar de forma significativa, caberá ao julgador

25 Nesse sentido: RODRIGUES, Larissa Carneiro. *A possibilidade de alteração ou exclusão das astreintes e o descumprimento das decisões judiciais brasileiras: uma análise do julgamento do REsp1589503/SC*. Revista dos Tribunais. v. 999. p. 329-343. Jan/2019.

26 Além dos critérios fixados no REsp nº 738/682/RJ, outros são ainda sugeridos pela doutrina: a capacidade de resistência do devedor; a capacidade econômica do devedor; o benefício auferido pelo devedor com o descumprimento da obrigação e ainda existência se a justa causa para o descumprimento (PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial...op. cit.*, p. 289).

afastar parte do período de tempo considerado como abuso de direito, fator este que implicará diretamente na redução do *quantum*, até então, alcançado pela multa. (PEREIRA, 2021)

Foi esse o fundamento utilizado recentemente no AgInt no REsp 1733695/SC para redução do montante consolidado a título de multa judicial de R\$695.699,86 para R\$120.000,00, cujo trecho constante na ementa merece destaque:

“No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da supressão. Nesse sentido, Enunciado nº 169 das Jornadas de Direito Civil do CJF”.

Denota-se a partir do julgado acima reproduzido que o comportamento processual das partes deve ser visto como protagonista dentro do processo, capaz de determinar a exclusão/redução das *astreintes* quando a quantia alcançada tiver por fundamento o abuso de direito por parte do sujeito ativo. A ideia aqui defendida é aquela segundo a qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, sendo esse um pressuposto presente em todos os ramos do direito. Nessa perspectiva, não seria lógico que justamente nas relações formadas com a chancela do Poder judiciário, como se caracteriza a relação jurídico-processual, condutas violadoras à boa-fé subsistam sem consequências para aquele que age à margem do ordenamento.

Inexiste previsão de sanção em face daquele que age contrariamente à boa-fé objetiva no processo civil, o que, aliás, é próprio da espécie normativa das cláusulas gerais, as quais não estabelecem um preceito. Desse modo, sobressai a importância, na linha defendida por Fredie Didier Jr. (2007) de que referido preceito seja determinado pelo órgão jurisdicional, à luz das peculiaridades do caso submetido a julgamento. Desse modo, vislumbra-se possível a perda ou a redução, pelo credor, do montante acumulado a título de *astreinte*, como forma de penalizá-lo pela sua conduta desleal.

CONCLUSÃO

A Constituição consagrou o direito ao devido processo legal com *status* de garantia fundamental (art. 5º, LIV, CF/88). Assim sendo, o dever de cooperação, lealdade e colaboração íntegra, ao lado de outras garantias, o conteúdo do devido processo legal, de sorte que o Código de Processo Civil de 2015 buscou concretizar o chamado “processo constitucional” a partir de normas processuais fundamentais enumeradas em diversos dispositivos.

Inegavelmente a cláusula geral da boa-fé objetiva ganhou ênfase no CPC, sendo indispensável sua observância em todas as fases e atos processuais. Com efeito, é preciso, conforme se demonstrou ao longo deste trabalho, um esforço hermenêutico, numa espécie de *diálogo das fontes*, para que a boa-fé seja melhor e mais aplicada no âmbito processual civil. Em essência, exige-se do intérprete um diálogo sistemático em relação aos institutos corolários da boa-fé, os quais foram pensadas e desenvolvidos inicialmente para o direito privado, a fim de que sejam aplicados e interpretados à luz das normais processuais.

Como o direito privado prevê a existência do dever de o credor minimizar as suas perdas, cuja matriz axiológica repousa no princípio da boa-fé previsto no art. 422 do Código Civil, buscou-se argumentar sobre a imprescindibilidade de que a *doctrine of mitigation* seja incorporada no processo de execução das *astreintes*.

Partindo-se desse pressuposto, evidenciou-se de que forma a *astreinte*, técnica coercitiva amplamente utilizada no dia a dia forense, voltada a compelir o devedor a cumprir a obrigação determinada judicialmente, poderia sofrer redução ou exclusão como consequência de sua execução tardia. Nesse ponto, delineou-se a importância da valoração do comportamento processual das partes em juízo com o fim de se determinar a modulação da multa pecuniária já consolidada.

Pelo exposto, tendo em vista a construção doutrinária e jurisprudencial apresentada, é possível afirmar a regra específica do dever de mitigação por parte do credor, cabendo o magistrado afastar o período de tempo considerado como abusivo de direito. Tal medida constitui uma importante sanção contra o credor desidioso, sendo essa uma forma de censura à sua inércia processual.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 18^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7^a. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Vol. 1, 23^a ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Vol. 5, 7^a Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. Revista de Processo, São Paulo, n. 171.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 2015. Tese (Doutorado em Direito processual) – Faculdade de Direito. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: contratos*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 797 a 823 – das diversas espécies de execução*. v. XVI. São Paulo: Saraiva, 2020.

KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015,

MARQUESI, Roberto Wagner; LIMA, Caroline Melchiades. *A possibilidade de redução da multa coercitiva com fundamento no duty to mitigate the loss*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Volume 19, p. 67-83, maio/agosto. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (supressio). Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro – MPRJ, n. 53, p. 117-141, jul/set. 2014.

MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo, São Paulo, v. 247

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Abuso do exercício do direito: responsabilidade pessoal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

RODRIGUES, Larissa Carneiro. *A possibilidade de alteração ou exclusão das astreintes e o descumprimento das decisões judiciais brasileiras: uma análise do julgamento do REsp 1589503/SC*. Revista dos Tribunais. v. 999. p. 329-343. Jan/2019.

ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Obrigações – Vol. 2*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

TARTUCE, F.; NEVES, D. *Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*, 2ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016.