

THAGORE BORGES MUNIZ

ANÁLISE ECONÔMICA DO PRECEITO COMINATÓRIO

Trabalho apresentado ao Curso de Graduação
em Direito da Escola de Direito de Brasília
como requisito para obtenção do título de
Bacharel.

Orientador: Guilherme Pupe da Nóbrega

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO DE 2017**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 O PRECEITO COMINATÓRIO E A POLÊMICA SOBRE OS LIMITES	5
2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO PRECEITO COMINATÓRIO	12
CONCLUSÃO	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

ANÁLISE ECONÔMICA DO PRECEITO COMINATÓRIO

Thagore Borges Muniz

RESUMO

Este trabalho aborda a limitação do valor do preceito cominatório por meio dos quadros de referência da Análise Econômica do Direito. A pesquisa objetivou, de forma geral, estudar a questão do valor das *astreintes* e instrumentalizar a metodologia da AED. De forma específica, buscou compreender o instituto a partir da noção de eficiência, analisando algumas ideias da doutrina sobre os limites da multa e procurando critérios objetivos para sua definição. O estudo contou com a técnica da investigação bibliográfica, feita por meio da análise documental dos textos pertinentes, e com o método dialético, pelo qual foram sintetizados pressupostos acerca do preceito cominatório. Algumas ferramentas das ciências econômicas também foram utilizadas. Primeiramente, delineou-se um esquema gráfico para melhor compreender o fenômeno da cominação. Em seguida, procedeu-se à interpretação desse esquema e à abordagem matemática das variáveis selecionadas, usando uma adaptação da fórmula de Learned Hand. Verificou-se que o efeito coercitivo das *astreintes* varia conforme o aumento do valor, de forma que, em tese, é possível identificar quantias em relação às quais o instituto tende a ser mais eficaz. Além disso, alguns parâmetros indicados pela doutrina para a fixação dos limites da multa, como o valor da obrigação principal, não mantêm nenhuma relação com a eficiência do instituto. Por fim, constatou-se que, a partir de determinado ponto, com o aumento do valor da multa, a probabilidade de pagamento na esfera subjetiva do devedor parece diminuir num ritmo superior, fazendo com que, ao fim, o preceito cominatório não logre êxito em seu propósito.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Preceito cominatório. Multa Cominatória. *Astreintes*.

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o tema da limitação do valor do preceito cominatório por meio dos quadros de referência da Análise Econômica do Direito. A pesquisa objetivou, de forma geral, estudar a questão do valor das *astreintes* e instrumentalizar a metodologia da AED. De forma específica, buscou compreender o instituto sob a ótica da eficiência, analisando algumas ideias da doutrina sobre os limites da multa e procurando critérios objetivos para sua definição.

Nesse sentido, pergunta-se como a Análise Econômica do Direito, mais especificamente, a Teoria da Escolha Racional e os conceitos de maximização e eficiência, pode contribuir no debate sobre o limite das *astreintes*. Em outras palavras: em que medida a

análise do preceito cominatório sob o enfoque a eficiência pode influir na questão da limitação do valor da multa? Para responder provisoriamente à questão, afirma-se que compreender o preceito cominatório a partir da noção de eficiência traz para a discussão dos limites variáveis até então negligenciadas pela doutrina, mas que estão diretamente relacionadas com o tema, bem como permite identificar falhas em alguns parâmetros comumente apontados por autores na tentativa de estabelecer critérios objetivos para a limitação da multa.

A Análise Econômica do Direito dispõe de recursos teóricos que são úteis no estudo da multa cominatória e, conseqüentemente, no desenvolvimento de parâmetros objetivos para a fixação de limites ao seu valor. Para este trabalho, foi adotada, como referencial teórico, a Teoria da Escolha Racional (ou modelo do agente racional) apresentada por Robert Cooter e Thomas Ulen (2010). É a partir dos conceitos de eficiência e maximização descritos por Cooter e Ulen que é possível constatar as falhas na definição dos limites do preceito cominatório. A partir desses conceitos também é possível buscar meios de otimizar a aplicação do instituto.

Outros autores serviram de suporte epistemológico ao presente trabalho. Nesse sentido, as ideias constantes dos capítulos “Introdução ao Direito e Economia”, de Ivo Gico Jr., e “Análise Econômica da Responsabilidade Civil”, de Antônio José Maristrello Porto, ambos do livro “Direito e Economia no Brasil”, organizado por Luciano Benetti Timm (2014), foram utilizadas. Como afirmado, a Análise Econômica do Direito oferece tanto um paradigma teórico, sob o qual podem ser avaliados institutos e normas jurídicos, como um conjunto de instrumentos para compreender a realidade que envolve a produção e aplicação do direito.

Quanto à metodologia, o estudo contou com a técnica da investigação bibliográfica, feita por meio da análise documental dos textos pertinentes. Utilizaram-se também algumas ferramentas próprias das ciências econômicas, como a representação gráfica e a interpretação matemática das variáveis selecionadas, e o método dialético, pelo qual foram sintetizados alguns pressupostos acerca das *astreintes* firmados pela doutrina. Primeiramente, identificaram-se os atributos essenciais do preceito cominatório e os pressupostos envolvidos na sua aplicação. Em seguida, procedeu-se à representação gráfica desses pressupostos e à sua sintetização dialética. Por fim, foi feita a abordagem matemática dos resultados obtidos por meio de uma adaptação da fórmula de Learned Hand para análise de condutas culposas.

A importância do trabalho se revela no caráter fundamental do preceito cominatório no âmbito do processo civil, em geral, e da tutela executiva, em particular. O preceito

cominatório serve à consecução dos fins últimos do processo, a saber, conferir a quem de direito determinado bem da vida. Além disso, segundo Fredie Didier Jr., “a multa é a medida coercitiva mais utilizada na prática forense” (DIDIER JR., 2012, p. 465). Também nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2012) afirma que a multa “é mais rápida, barata e simples do que a execução que depende do encontro de terceiro para fazer o que deveria ter sido feito pelo réu” (MARINONI, 2012, p. 77).

Ademais, a pena pecuniária tem a vantagem de fazer com que o cumprimento da obrigação se aproxime do efeito originalmente querido pelas partes ao realizarem o negócio jurídico. Um dos princípios que regem a prestação jurisdicional de caráter executivo é o princípio do resultado, em virtude do qual se deve, na execução, fazer com que o interesse original das partes seja atendido na maior medida possível. Portanto, considerando a importância do preceito cominatório no contexto da execução no processo civil, é preciso analisá-lo de forma científica, buscando a objetivação dos critérios utilizados na definição dos seus limites.

1. O PRECEITO COMINATÓRIO E A POLÊMICA SOBRE OS LIMITES

1.1. O preceito cominatório no ordenamento brasileiro

O preceito cominatório, ou multa cominatória, é instituto que se insere no contexto da tutela executiva, também chamada jurissatisfativa (NEVES, 1997, p. 33), do processo civil. Ele é um dos instrumentos colocados pelo legislador à disposição do órgão jurisdicional na atividade de prestação do Estado que visa, efetivamente, conceder ao credor o bem da vida reconhecido a ele pela ordem jurídica. O preceito cominatório, portanto, juntamente com outros meios de execução, serve à satisfação da pretensão do autor da demanda. Na tutela executiva, o objetivo é o cumprimento da obrigação do devedor relativamente ao credor, obrigação essa expressa num título executivo definido em lei.

Ainda no âmbito desse tipo de prestação jurisdicional, diz-se que o preceito cominatório é um meio de execução indireta. A execução indireta se opõe à execução direta na medida em que, nesta última, ocorre a sub-rogação do Estado na realização de atos de natureza satisfativa. Na execução indireta, busca-se, por outro lado, compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2012),

o Estado-juiz busca promover a execução com a “colaboração” do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de

o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, *por meio de coação psicológica*, a que o próprio executado cumpra a prestação (DIDIER JR, 2012, p. 441). [grifo acrescentado]

Convém enfatizar esse aspecto da execução indireta, que é o condão de coagir psicologicamente o devedor inadimplente. Como se verá adiante, essa característica é de fundamental importância na análise do preceito cominatório, constituindo a própria razão de ser do instituto. O preceito cominatório do direito brasileiro se aproxima das *astreintes* do direito francês, sendo também chamado dessa forma pela doutrina pátria. Nesse sentido, Araken de Assis (2013) o define como sendo a

condenação do obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra por cada dia de atraso, mas que pode ser “por tempo de atraso” (art. 461, § 5º), no cumprimento da obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica do vínculo. A emissão do pronunciamento impondo a pena é acessória da resolução principal tomada pelo juiz, e o respectivo valor aumenta à medida que o tempo passa ou as infrações do executado se renovam e persistem (ASSIS, 2013, p. 661).

Trata-se, portanto, de mandamento judicial (daí o nome “preceito”) que impõe ao réu o pagamento de valor pecuniário fixado em função do período de inadimplemento, com vistas a constrangê-lo ao cumprimento da obrigação. O juiz deverá fixar o valor da cominação, podendo alterá-lo posteriormente caso verifique a insuficiência ou o excesso (ASSIS, 2013, p. 664). O magistrado pode, inclusive, impor a pena pecuniária independentemente de manifestação do interessado, conforme prevê o Novo Código de Processo Civil, art. 537.

O preceito cominatório era disciplinado pelos arts. 287, 461, §§ 4º e 5º, 461-A, § 3º, 621, parágrafo único, 644 e 645 do CPC/73 (ASSIS, 2013, p. 148). No diploma processual de 2015, está previsto nos arts. 536 e 537. Sua natureza é essencialmente coercitiva, motivo porque não se deve confundi-lo com a quantia paga a título de indenização. Apesar de reverter, no ordenamento jurídico brasileiro, em benefício do credor, a multa cominatória “nem é indenizatória, nem é punitiva” (DIDIER JR, 2012, p. 451). Por essa razão, é possível cumulá-la com as perdas e danos.

Dois características do instituto devem ser consideradas antes de seguir para a questão de que se ocupa o presente trabalho. Essas características são o destinatário e a periodicidade da multa. No que diz respeito à primeira qualidade, no direito brasileiro, a multa reverte para o credor da obrigação principal. Nesse sentido manifestou-se inclusive a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dizer que “o valor referente à multa cominatória, prevista no

art. 461, § 4º, deve ser revertido para o credor, independentemente do recebimento de perdas e danos”¹.

O fato de o valor da multa aproveitar ao exequente no nosso ordenamento jurídico, entretanto, não fica isento de críticas. Parte da doutrina acredita que o valor da pena pecuniária deveria ser revertido para o Estado. Sobre esse aspecto, Luiz Guilherme Marinoni (2012) afirma que

em termos lógico-jurídicos, parece não haver dúvida de que a multa deva reverter para o Estado, uma vez que não há racionalidade em o lesado receber valor que não diz respeito ao dano sofrido. O dano deve ser ressarcido, e para tanto serve o ressarcimento em pecúnia, não existindo motivo para se admitir que, ao lado do ressarcimento, o lesado receba o valor da multa devida em razão da não observância da decisão judicial. (MARINONI, 2012, p. 75).

Disso decorre que, considerado indevido o aproveitamento da multa pelo exequente, o preceito cominatório o levaria a locupletar-se indevidamente às custas do executado. Essa ideia tem sido evocada por alguns autores para tratar a questão do limite do valor das *astreintes* e será abordada no subtópico seguinte.

Quanto à segunda característica, a periodicidade, diz-se que a multa deve ser fixada em função de determinada unidade de tempo, que pode corresponder a um dia, uma semana, um mês, bem como ser fixa (DIDIER JR, 2012, p. 453). Assim, o juiz fixará o valor e a periodicidade do preceito tendo em vista o objetivo primordial da execução indireta, que é vencer a resistência do réu.

Acerca da periodicidade, ainda, costuma-se dizer que ela está associada à ideia de progressão do valor. Nesse sentido, entende-se que quando “a multa é fixada por ‘tempo de atraso’, é plenamente coerente estabelecer a *multa em valor progressivo, fazendo com que ela se torne mais intimidadora* quanto maior for a resistência do réu” (MARINONI, 2012, p. 80) [grifo acrescentado]. Percebe-se pela lição de Marinoni que há uma relação entre o aumento do valor do preceito cominatório e a intimidação do executado, um vínculo de proporção direta. Essa é uma ideia de grande importância para compreensão do instituto e que também

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.063.902-SC. Recorrente: Márcia Godoy Bittencourt. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Falcão. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1063902&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

será retomada posteriormente. Por ora, basta saber que a multa tem caráter periódico e que o aumento do valor implica o aumento do efeito coercitivo sobre o devedor inadimplente.

Surge, então, a questão do limite do valor das *astreintes*. Uma vez que se trata de instrumento que tem por objetivo coagir o executado ao adimplemento, o preceito cominatório deve ser fixado em valor significativo, de maneira que represente efetivo custo para o devedor. Por outro lado, entende-se que é preciso limitar o valor da multa no caso concreto. Não há critério objetivo previsto na lei para a limitação desse valor, e alguns parâmetros que têm sido invocados pela doutrina são, no mínimo, questionáveis.

Nesse ponto, acredita-se que a Análise Econômica pode trazer algum contributo para o debate. A análise de algumas das características do preceito cominatório por meio dos quadros de referência das ciências econômicas permite compreender o instituto sob a ótica da eficiência, que é o próprio fundamento sobre o qual repousa a legitimidade da medida. No subtópico seguinte, há uma breve descrição de algumas das ideias que permeiam a doutrina pátria sobre a limitação do valor das *astreintes*. Como se tentou demonstrar, alguns dos parâmetros invocados pela doutrina são insustentáveis do ponto de vista lógico e não atendem ao propósito para o qual foram estabelecidos, isto é, não oferecem um critério objetivo para definir os limites da cominação.

1.2. A questão do limite do valor

A discussão acerca do limite do valor da multa cominatória possivelmente surgiu em decorrência do silêncio do legislador sobre o assunto e da própria ineficiência do instituto quando da sua aplicação sem a observância de limites. À semelhança do Código de Processo Civil de 1939, que o antecedeu, o CPC/73 não previu parâmetros objetivos para a limitação da quantia a ser paga a título de medida coercitiva. Tampouco o fez o legislador de 2015 no Novo Código de Processo Civil. Assim, em princípio, não há restrições à fixação do valor do preceito cominatório, ou como diz Araken de Assis (2013), “o valor da pena ignora limites” (ASSIS, 2013, p. 150).

Na falta de um critério objetivo para limitar o valor das *astreintes*, a doutrina traz algumas reflexões sobre o tema. Nesse sentido, as palavras de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa resumem de maneira apropriada o consenso que existe entre a maioria dos processualistas: “fala-se em valor ‘suficiente’ e ‘compatível com a obrigação’, conceitos jurídicos indeterminados, a serem aferidos à luz das particularidades de cada caso concreto” (YOSHIKAWA, 2009, p. 26).

Assim, há uma margem considerável de subjetividade do magistrado na limitação do valor da multa. Afinal, se é pacífico que o valor deve ser fixado em razão das peculiaridades do caso, somente o juiz terá condições de fazê-lo. Sobre esse aspecto, Araken de Assis afirma que “o órgão judiciário fixará a multa numa quantia ‘suficiente para constranger’. Para tal mister, nenhum outro critério substitui o puro casuísmo” (ASSIS, 2013, pp. 668-669).

Entretanto, relegar medida de tamanha importância no contexto da tutela executiva, como a fixação do valor da multa, ao casuísmo assistemático pode gerar prejuízos, tanto no bojo das ações individuais quanto para o direito objetivo. A falta de parâmetros preestabelecidos, além de, naturalmente, contrariar o princípio da segurança jurídica, pode levar a outras consequências indesejadas, como o próprio esvaziamento do instituto. Se fixado aleatoriamente, sem considerar algumas variáveis direta ou indiretamente envolvidas no efeito coativo que se pretende causar, o valor da pena pecuniária pode, ao contrário, fazer com que o efetivo pagamento da multa – e, também, o cumprimento da obrigação – pareça cada vez mais distante da realidade na esfera psíquica do executado. Dito de outra forma, “a multa fixada ‘em valor altíssimo, com que o devedor obviamente não pode arcar, perde sua razão de ser’” (YOSHIKAWA, 2009, p. 31). Opinião semelhante sustentam Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, 2012, p. 465) e Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2012, pp. 78-79).

Chega-se, aqui, ao ponto em que costumam divergir os doutrinadores. Por um lado, admite-se que a multa deve ser fixada em valor tal que venha a efetivamente constranger o devedor e de que esse valor deve ser limitado, sob pena de a multa se tornar ineficaz. Por outro, não há consenso sobre quais seriam os critérios para essa limitação. O assunto é controverso, e diferentes parâmetros já foram sugeridos pela doutrina. Em trabalho relativamente recente (2009), Yoshikawa resumiu algumas das teorias acerca do tema, as quais são apresentadas a seguir.

Anteriormente às reformas do CPC/73, no contexto das ondas renovatórias do processo de Giuseppe Chiovenda, acreditava-se na inexistência de limites ao valor das *astreintes* (YOSHIKAWA, 2009, p. 27). Entendia-se que assim estaria assegurada a efetividade processual: uma vez que a multa cominatória visa a compelir o executado ao cumprimento da obrigação, concretizando os interesses das partes representados na relação de direito material, aumentar o seu valor era uma forma de contribuir para o alcance do objetivo primordial do processo.

Esse entendimento se assenta sobre uma noção fundamental da multa cominatória, mencionada no tópico anterior e que consiste num dos pressupostos da argumentação desenvolvida neste trabalho, a saber, que o aumento do valor da multa implica no aumento da

coação sobre o devedor. Essa assertiva, de fato, expressa a própria razão de ser do instituto, tendo em vista que, caso o executado fosse indiferente à majoração do valor a ser pago a título de pena pecuniária, de nada serviria a majoração.

À época do movimento de inspiração chiovendiana, portanto, afirmava-se que o valor da multa deveria ser aumentado ilimitadamente. Pensava-se que

quanto maior for a desproporção entre o valor da multa e o do direito material violado (ou supostamente violado, nos casos em que ainda não há certeza suficiente da sua existência), maior será a sua aptidão para obter o cumprimento voluntário (apesar de não espontâneo) da obrigação (YOSHIKAWA, 2009, p. 29).

Todavia, como dito anteriormente, quando a multa atinge patamares muito elevados, torna-se ineficaz. Situações como essa fazem com que, ao contrário, haja um desestímulo para o devedor quanto ao cumprimento da prestação. Logo, a aplicação do preceito cominatório não prescinde de critérios que visem adequar o valor da multa à sua finalidade. Limitar o preceito cominatório serve, pois, ao propósito de torná-lo efetivo diante das circunstâncias de cada situação concreta.

Nessa linha, Yoshikawa afirma serem de duas ordens os fundamentos para limitar o valor das *astreintes*: fundamentos de ordem material e fundamentos de ordem processual (YOSHIKAWA, 2009, p. 30), conforme remetam esses fundamentos a princípios e regras do direito material ou do direito processual. Em sua análise, o autor parece atribuir uma importância maior aos limites de ordem material.

Neste trabalho, a ênfase maior recai sobre os limites do valor das *astreintes* impostos pelo direito processual. Todavia, antes de tratar desses últimos, convém falar brevemente dos fundamentos trazidos pelo direito material.

Ao discorrer sobre os limites do preceito cominatório decorrentes do direito material, Eduardo Yoshikawa evoca a proibição do enriquecimento sem causa. Diz o autor que

revertendo a multa para o demandante, torna-se evidente que, dependendo do valor que ela atinja, a sua cumulação com a exigência do cumprimento da obrigação ou com o pagamento de perdas e danos, poderá resultar em enriquecimento sem causa ou injusto da parte, o que não pode ser tolerado (YOSHIKAWA, 2009, p. 33).

Assim, caso se permita a majoração ilimitada do valor da multa, o montante devido pelo executado em virtude da cominação pode somar vultosas quantias em dinheiro, que seria

incorporado ao patrimônio do exequente gerando enriquecimento indevido. Apontamentos semelhantes fazem Marinoni (2012, pp. 82-83) e Didier Jr. (2012, p. 465).

Essa posição é passível de críticas por alguns motivos. Primeiramente, a ideia de que não há uma causa a legitimar o pagamento da multa ao exequente é, no mínimo, questionável. Na lição de Araken de Assis (2013), “a causa reside na emissão do pronunciamento judicial e no descumprimento do preceito imputável ao executado” (ASSIS, 2013, p. 669). Portanto, uma vez que se trata de medida tomada com base em motivo amparado pelo próprio ordenamento jurídico, com efeitos igualmente previstos e protegidos por esse ordenamento, a multa cominatória não configura enriquecimento sem causa. A causa seria o descumprimento da ordem de pagamento da obrigação principal.

Em segundo lugar, se for verdadeiro que o pagamento da multa cominatória leva ao enriquecimento sem causa, limitá-la não mudaria o fato de que há um valor sendo incorporado ao patrimônio do exequente, e de que esse aumento patrimonial, limitado que seja, ocorre sem uma causa legitimadora. Logo, acolhido o fundamento de direito material invocado por alguns autores, qualquer valor percebido pelo exequente em razão do pagamento da cominação, ainda que mínimo, seria injusto.

Constata-se, pois, que o argumento da vedação ao enriquecimento sem causa não contribui efetivamente para o debate sobre a limitação do valor das *astreintes*. Se esse critério for acolhido, suas exigências só serão atendidas caso seja adotada uma das seguintes saídas, ambas inadequadas para tratar o problema de que se ocupa esta pesquisa: fixar o limite da multa num valor que não acarrete nenhum acréscimo ao patrimônio do exequente, ou alterar a regra sobre o destinatário do pagamento. A primeira alternativa é inapropriada, pois, como dito anteriormente, se admitir-se a proibição do enriquecimento sem causa como parâmetro para a limitação do valor do preceito cominatório, qualquer valor assumido pela multa, por menor que seja, não deveria reverter para o executado. Semelhantemente, caso se adote a segunda solução, embora tenha o condão de evitar o locupletamento indevido, ela não resolve a questão da falta de limites à multa.

Feitas essas considerações, é possível passar aos fundamentos do direito processual para a limitação do valor das *astreintes*. Nesse contexto, Yoshikawa fala de um limite que decorre da própria finalidade do instituto, isto é, de um limite lógico do preceito cominatório (YOSHIKAWA, 2009, p. 30). Afirmo o autor que “tendo por único escopo induzir o devedor a cumprir a obrigação, o valor das *astreintes* não deve exceder o montante necessário para assegurar esta finalidade” (YOSHIKAWA, 2009, p. 30). Assim, a multa deve ser aumentada na medida em que esse aumento aproxima o instituto de seu objetivo, que é coagir

psicologicamente o executado ao adimplemento da obrigação principal. Com efeito, na fixação do limite da multa, não se pode perder de vista esse propósito. Tamanha é a importância da coação psicológica do executado na aplicação do preceito cominatório que, “não vencida a resistência do devedor, frustrada a finalidade da multa, há quem defenda seu cancelamento” (YOSHIKAWA, 2009, p. 31).

O que chama a atenção para os limites processuais – ou para o limite lógico – do valor do preceito cominatório é exatamente o destaque para a efetividade do instituto, que atinge sua meta ao verdadeiramente coagir o devedor inadimplente. Sobre esse assunto, vale citar a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2012):

O que importa, em outras palavras, quando se pensa na finalidade coercitiva da multa, é a ameaça de o réu ter que futuramente arcar com ela. É importante deixar claro que *a multa cumpre seu papel através da ameaça que exerce sobre o réu*. A multa, para exercer sua finalidade coercitiva, não precisa ser cobrada antes do trânsito em julgado. A finalidade coercitiva não se relaciona com a cobrança imediata da multa, mas apenas com a possibilidade da sua cobrança futura. *Tal possibilidade é suficiente para atemorizar o demandado e, assim, convencê-lo a adimplir* (MARINONI, 2012, p. 82) [grifos acrescentados].

Eduardo Yoshikawa optou por não aprofundar a discussão sobre os limites processuais ao valor das *astreintes*, enfatizando o contributo do direito material em seu trabalho. Entretanto, acredita-se que o limite lógico do preceito cominatório forma justamente a base sobre a qual se pode conceber um tratamento mais adequado para a questão. Tendo em vista essa noção, este estudo busca entender o fenômeno da cominação a partir de sua finalidade, analisando a relação que existe entre o valor da multa e a coação que ela exerce sobre o devedor. A seguir, serão apresentadas as teorias e métodos utilizados na pesquisa, articulando-se as categorias teóricas e as ideias expostas com algumas das ferramentas da Análise Econômica do Direito.

2. A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO PRECEITO COMINATÓRIO

2.1. A AED e os conceitos de maximização e eficiência

De acordo com Ivo Gico Jr. (2014), a AED consiste no ramo do conhecimento que tem por objetivo compreender o alcance das normas jurídicas a partir dos referenciais das

ciências econômicas, visando ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito, com ênfase nas consequências (GICO JR, 2014, p. 1). Segundo esse autor, a AED

nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito (GICO JR, 2014, p. 14).

A Análise Econômica parte do pressuposto de que há uma distinção entre o que é e o que deve ser (GICO JR, 2014, p. 15). Assim, diz-se que, a depender dos objetivos da análise, a investigação pode ser positiva ou normativa. A AED positiva caracteriza-se, sobretudo, pela adoção de métodos descritivos das ciências econômicas. É o viés que cuida da compreensão do objeto analisado “no mundo do ser”. Nesse sentido, é comum, por exemplo, observar o comportamento de variáveis por meio de modelos matemáticos e estatísticos, com vistas a apreender a realidade estudada.

Da adoção do método econômico no estudo do direito resulta que a análise apresentará as mesmas limitações das pesquisas propriamente econômicas. Uma dessas limitações envolve exatamente a utilização de modelos para explicar certos fenômenos. Sobre esse aspecto, Gico Jr explica que

os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades do usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. [...] É por isso que se diz que para compreender o mundo é necessário reduzi-lo (GICO JR, 2014, p. 24).

Como afirmado pelo autor, a redução da realidade é necessária à sua compreensão. Porém, toda simplificação envolve a possibilidade de exclusão de aspectos que não deveriam ser desconsiderados da análise pretendida. Portanto, o trabalho de seleção das variáveis é de crucial importância para a racionalidade dos resultados obtidos. Tal opção metodológica, se conduzida sem a devida atenção, pode levar a conclusões distorcidas sobre a realidade, o que não desqualifica o método, mas serve de advertência para o pesquisador e os destinatários dos trabalhos que se utilizam dele.

A AED normativa tem um caráter propositivo. Nesse aspecto, ela busca oferecer ao pesquisador critérios para avaliação dos resultados observados, dando a ele subsídios para

indicar a solução mais adequada para determinado problema. Como dito, a AED pode ser usada tanto como método quanto como referencial teórico para orientar os estudos e avaliar os resultados.

A Teoria da Escolha Racional, também conhecida por Modelo do Agente Racional, integra a Teoria Microeconômica. A Teoria Microeconômica estuda a alocação de recursos escassos num contexto de objetivos alternativos entre si. (COOTER; ULEN, 2010, p. 35). É o ramo da Ciência econômica que tem como objeto as variáveis que interferem na forma como os bens são distribuídos para atender aos interesses dos diferentes agentes econômicos numa sociedade. A Microeconomia parte do pressuposto de que as pessoas dispõem de recursos limitados, com os quais devem suprir um amplo conjunto de necessidades. Nas palavras de Cooter e Ulen:

A microeconomia diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como, por exemplo, famílias, clubes, firmas e órgãos governamentais. [...] Já que sua renda e seu tempo são limitados e você não pode, portanto, comprar ou fazer tudo que talvez queira comprar ou fazer, tem de optar. A teoria microeconômica oferece uma teoria geral sobre a maneira como as pessoas tomam esse tipo de decisões. (COOTER; ULEN, 2010, pp. 35-36)

Assim, para compreender a Teoria da Escolha Racional, é preciso ter em mente que ela integra o conjunto de conhecimentos e proposições sobre como os agentes econômicos tomam diferentes decisões num contexto de recursos limitados.

Cooter e Ulen (2010) abordam a Teoria da Escolha Racional aplicada ao consumidor de produtos e serviços. Todavia, é possível afirmar que o comportamento desenvolvido pelo consumidor no contexto descrito pelos autores é semelhante à conduta de todo agente econômico. Isso ocorre porque, na Economia, geralmente se supõe que os agentes são racionais e que, nessa condição, eles regerão suas ações de modo a realizar suas metas na maior medida possível.

A esse tipo de comportamento, que leva as pessoas a quererem auferir cada vez mais recursos para a concretização de seus objetivos, é que se dá o nome de maximização, um dos conceitos fundamentais da Teoria da Escolha Racional. Na lição de Cooter e Ulen, a maximização decorre da própria racionalidade dos agentes econômicos:

Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes

maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização. Uma concepção de racionalidade sustenta que *um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado*. [...] Outra forma comum de entender esta concepção de comportamento racional é reconhecer que os consumidores optam por alternativas que sejam apropriadas para atingir suas metas. (COOTER; ULEN, 2010, pp. 36-37) [grifo acrescentado]

É importante destacar que a maximização, conforme a explicação dos autores, está relacionada com a capacidade de o agente econômico mensurar o nível de atendimento de seus interesses para cada alternativa de ação. Isso quer dizer que os tomadores de decisão racionais podem comparar o ganho de cada conduta possível relativamente aos objetivos que elegeu e, dessa forma, ordenar suas opções conforme a satisfação que elas lhe proporcionam.

A partir desse raciocínio, é possível abordar matematicamente o comportamento maximizador. Se o agente econômico é capaz de ordenar suas alternativas de acordo com o nível de utilidade, isto é, na medida em que elas servem à concretização de suas finalidades, é possível representar numericamente essa ordenação, atribuindo-se números reais maiores às opções mais atrativas, e números menores, às opções que menos lhe interessam.

Segundo Cooter e Ulen (2010), essa associação, na qual as condutas possíveis do agente econômico são organizadas numericamente conforme o grau de satisfação que proporcionam, é conhecida na Economia como “função de utilidade”. Essa ideia é relevante para o presente trabalho porque o devedor inadimplente também é um agente que maximiza utilidade. Sendo assim, é razoável acreditar que, ao refletir sobre sua conduta durante a execução, ele classifique as alternativas conforme o grau de utilidade que elas lhe proporcionam.

Outro conceito fundamental da Teoria da Escolha Racional e da Microeconomia, de grande importância para esta pesquisa, é o conceito de eficiência. Cooter e Ulen (2010) afirmam que a palavra “eficiência” não é unívoca na Economia. Segundo os autores, o termo pode ser usado em pelo menos dois contextos diferentes, cada qual veiculando um significado próprio: é possível falar de eficiência num processo de produção (a) ou num contexto de alocação de recursos (COOTER; ULEN, 2010, p. 38).

Na primeira acepção, a eficiência é definida com base na relação entre as variáveis “quantidade de produção” e “combinação de insumos” ou “custo de insumos”. Nesse sentido, diz-se que um processo de produção é eficiente quando há o atendimento de pelo menos uma das seguintes condições: quando não é possível reduzir o custo dos insumos para gerar a

mesma quantidade de produção ou quando não é possível aumentar a produção a partir da mesma combinação de insumos (COOTER; ULEN, 2010, p. 38).

A outra acepção do termo “eficiência” também é chamada de Eficiência de Pareto ou eficiência alocativa. Uma situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente quando não é possível alterá-la sem que, para isso, haja prejuízo para outra pessoa, na perspectiva dela mesma (COOTER; ULEN, 2010, p. 38).

Neste trabalho, o termo “eficiência” é tomado na primeira das acepções acima. Em que pese o fato de o conceito ter sido desenvolvido para explicar um processo de produção, é possível, da mesma forma que se fez com o raciocínio sobre o comportamento do consumidor para explicar a Teoria da Escolha Racional, aplicar a eficiência a diferentes contextos e situações.

Na presente pesquisa, é possível analisar o preceito cominatório sob o enfoque da eficiência por meio da substituição da variável “quantidade de produção” por “efeito coercitivo”, e da variável “combinação de insumos” por “valor da multa”. Essa substituição se justifica porque, da mesma forma que a produção é uma função da combinação de insumos, o efeito coercitivo do preceito cominatório é uma função do valor da multa, como demonstrado no tópico anterior.

É importante observar que existe uma inter-relação entre as noções de eficiência e justiça na Análise Econômica do Direito. Se, por um lado, não se pode dizer que toda solução eficiente é justa, por outro, é perfeitamente cabível afirmar que toda solução ineficiente – isto é, que desperdiça os recursos disponíveis para a concretização dos objetivos escolhidos – é injusta.

Ivo Gico Jr. (2014) discorre sobre a relação entre eficiência e justiça. Embora se refira à eficiência no contexto da alocação de recursos, a reflexão do autor é aplicável à noção de eficiência utilizada neste trabalho, uma vez que, tanto em uma quanto na outra acepção, a ineficiência leva a um desperdício dos recursos disponíveis. Como afirma Gico Jr., a eficiência:

aqui também é um termo técnico utilizado no sentido *Pareto-eficiente*, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. [...] Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue (GICO JR, 2014, p. 21).

Portanto, há injustiça quando da aplicação ineficiente da multa cominatória. Considerando a noção de eficiência adotada nesta pesquisa, percebe-se que o preceito cominatório é ineficiente quando é possível aumentar o efeito coercitivo sobre o executado dentro amplo espectro de valores que podem ser arbitrados pelo magistrado para servir de limite à multa. Ocorre ineficiência quando o valor fixado não corresponde a máxima coação que o instituto poderia atingir e, se há ineficiência, como visto, há injustiça. De fato, o problema do limite do preceito cominatório não prescinde de uma análise sob a luz da eficiência.

2.2. Análise Econômica do Preceito Cominatório

Feitas essas considerações, pode-se prosseguir à exposição da metodologia adotada neste trabalho. Sobre esse aspecto, foi desenvolvido um esquema gráfico que pode ser útil na visualização da relação entre o valor da multa cominatória e a coação que ela provoca no executado. Essa representação foi delineada a partir de alguns pressupostos aceitos pela doutrina e pela jurisprudência acerca do valor das *astreintes*.

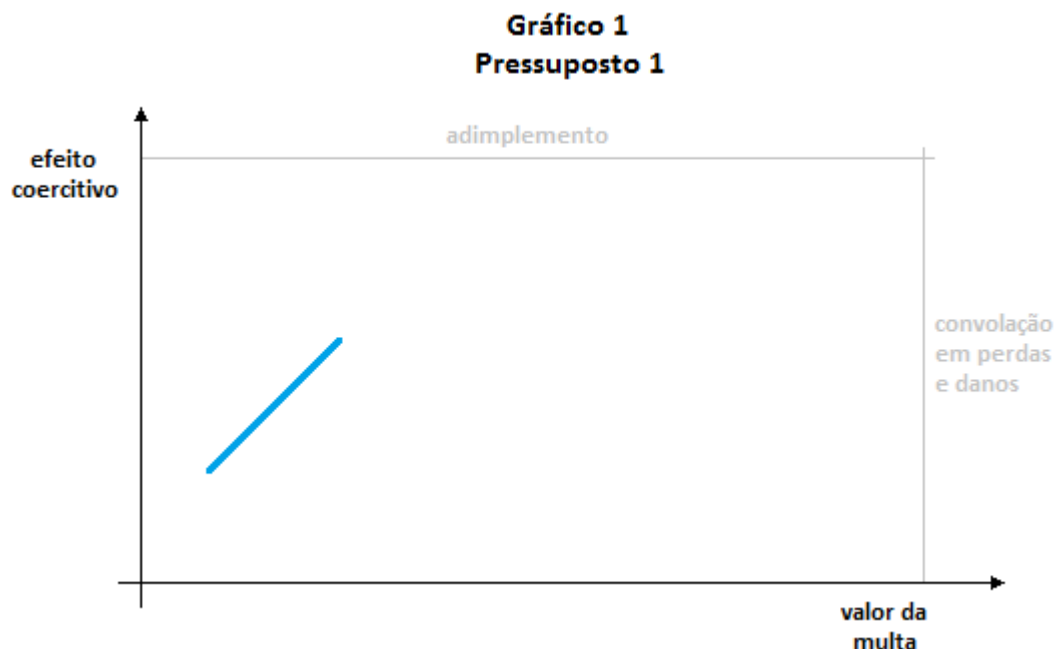
Foi utilizado, também, o método dialético, que, nas palavras de Cesar Luiz Pasold, tem por objetivo “estabelecer ou encontrar uma tese, contrapondo a ela uma antítese encontrada ou responsavelmente criada e, em seguida, buscar e identificar ou estabelecer uma síntese fundamentada quanto ao fenômeno investigado” (PASOLD, 2001, p. 88).

Por fim, utilizou-se a fórmula de Learned Hand, que consiste numa expressão matemática desenvolvida pela jurisprudência norteamericana para análise de condutas culposas. Tal expressão se mostra particularmente adequada para o estudo do objeto em questão porque envolve o comportamento racional maximizador, também chamado de cálculo de “custo-benefício”, que é exatamente o tipo de raciocínio elaborado pelo devedor no contexto da aplicação do preceito cominatório (YOSHIKAWA, 2009, p. 33).

Passa-se, agora, à explicação do procedimento escolhido para análise do preceito cominatório nesta pesquisa. Como dito anteriormente, buscou-se compreender o problema a partir da noção de limite lógico ao valor da multa. Considerando a finalidade do instituto, que é coagir psicologicamente, entende-se que a multa deve ser fixada no patamar que efetivamente induza o devedor ao cumprimento da obrigação principal. Assim, buscou-se

relacionar essas duas grandezas, quais sejam, a coação sobre o devedor – chamado “efeito coercitivo”² – e o “valor da multa cominatória”.

Essas duas variáveis se relacionam no plano teórico, o que remete ao primeiro pressuposto utilizado em nosso estudo. Retomando uma ideia apresentada no primeiro tópico, existe um vínculo de proporção direta entre o valor da multa e a coação que ela pretende inculcir no devedor. Em outras palavras, quanto maior o valor da multa, maior será o seu efeito coercitivo. Caso contrário, esse aumento do valor perderia sua razão de ser, e o próprio instituto ficaria esvaziado. Esse pressuposto lógico pode ser esquematizado graficamente. Fazendo cruzar dois eixos perpendiculares, um representando o efeito coercitivo e o outro, o valor da multa, essa ideia assume a forma descrita no Gráfico 1:



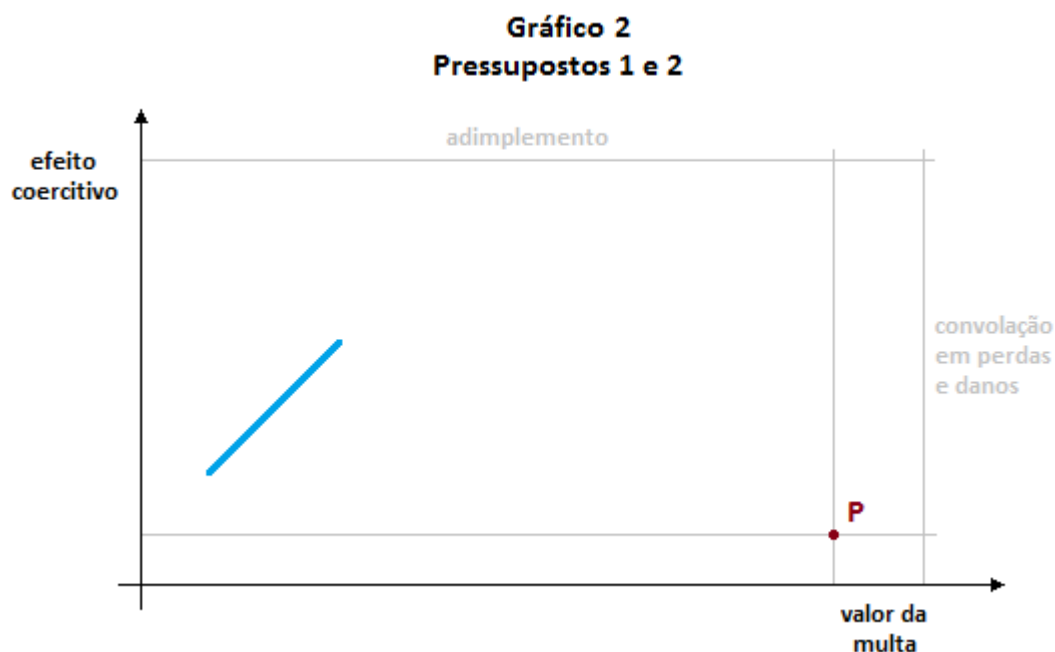
A essa curva, que expressa o efeito coercitivo em função do valor da multa, deu-se o nome de “curva de coercitividade da multa cominatória”, ou apenas “coercitividade”. Vale notar que o valor da multa aumenta até um limite, que é a convolação da obrigação em perdas

² Nota metodológica: Não se ignora, neste trabalho, os problemas advindos da utilização de uma variável do tipo “efeito coercitivo”. O efeito coercitivo é um elemento de ordem subjetiva, pois remete à intimidação do devedor, que se desdobra no âmbito psíquico do indivíduo e, assim, de difícil (alguns diriam, impossível) mensuração. Quanto a isso, afirmarmos duas coisas: em primeiro lugar, não se pretende, com a adoção de uma variável de ordem subjetiva, representar com absoluta fidedignidade o fenômeno da cominação, haja vista que a redução do objeto estudado é um traço típico do uso de modelos. Segundo, em todo o tempo o direito lida com elementos de caráter subjetivo, nas mais variadas esferas, como a civil, penal, etc. A objetivação da variável “efeito coercitivo”, entretanto, é tema para outra pesquisa. Acreditamos que tal esforço é possível, por exemplo, com a utilização de técnicas econométricas avançadas, bem como por meio de análises *a posteriori*, estudos de caso e adoção de técnicas de pesquisa das ciências sociais, como questionários e entrevistas.

e danos. O efeito coercitivo, por sua vez, aumenta até que vence a resistência do devedor, levando-o ao adimplemento. Essas situações são representadas por meio de duas linhas que tocam os eixos do efeito coercitivo e do valor, nos pontos correspondentes ao nível de coação que constrange o executado a adimplir e ao montante da cominação que será incorporado à indenização.

Segundo os autores da corrente da efetividade processual, a multa cominatória deveria ser ilimitada, uma vez que se enxergava na valoração da cominação um meio efetivo de garantir os resultados do processo. Assim, em tese, a curva descrita no Gráfico 1 continuaria a subir até que tocasse a linha do adimplemento, fazendo com que a resistência do executado fosse vencida e a obrigação, cumprida.

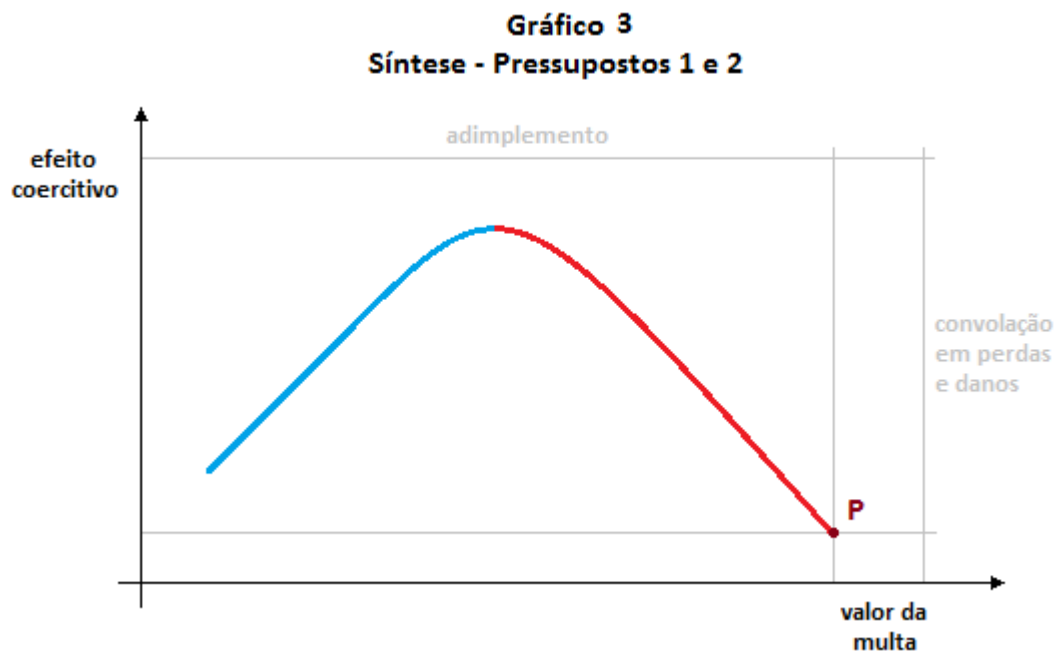
Entretanto, isso nem sempre acontece. Apesar do aumento do valor, em muitos casos, o que se percebe não é um aumento da coação sobre o devedor, pelo contrário, a fixação de multa em valores muito elevados leva, aparentemente, a uma perda da eficácia do instituto. Essa assertiva consiste no segundo pressuposto desta pesquisa e que também decorre de constatações da doutrina sobre o valor da multa cominatória. Esse pressuposto pode ser representado pelo ponto “P”, como no Gráfico 2:



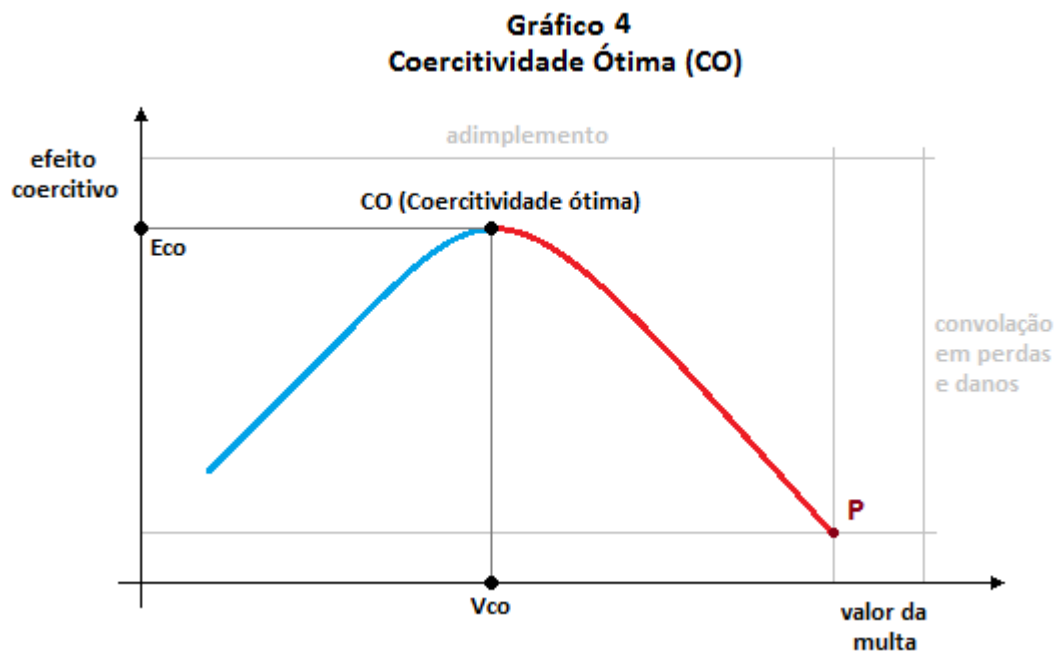
O ponto “P” é caracterizado, assim, pelo distanciamento do eixo das ordenadas, que representa o efeito coercitivo, e pela proximidade do eixo das abscissas, que é o valor da multa cominatória. O que se tem é um valor sobremodo elevado, cuja contrapartida é um efeito coercitivo mínimo. À primeira vista, essas ideias parecem inconciliáveis, uma vez que o

segundo pressuposto parece negar o primeiro. Afinal, se o efeito coercitivo aumenta proporcionalmente ao aumento valor, como é possível que uma quantia tão alta corresponda a uma coação inexpressiva?

Esse impasse, entretanto, é apenas aparente, pois pelo método dialético vislumbra-se uma possibilidade de harmonização das duas ideias. É possível dizer que o ponto “P” pertence à curva de coercitividade, uma vez que ele representa uma expressão do efeito coercitivo em função do valor da multa. E se ele pertence a essa curva, é preciso que ambos coexistam no mesmo plano de validade lógica. Considerando as posições da curva de coercitividade e do ponto “P” no esquema gráfico anterior, sua síntese só é possível se admitir-se que, em algum momento, a lógica do pressuposto inicial se inverte. Logo, a variação do efeito coercitivo em função do valor da multa ficaria conforme o Gráfico 3:



A coercitividade assume, portanto, a forma de uma parábola com a concavidade voltada para baixo. Isso permite chegar a algumas conclusões. Uma delas é que, em decorrência de sua forma, a coercitividade terá um pico, um ponto máximo, ao qual corresponderão um efeito coercitivo e um valor específicos. Para usar uma expressão própria das ciências econômicas, existe um “efeito coercitivo ótimo”, que é definido em função de determinado valor, que marca o ponto em que o instituto alcança sua máxima eficiência, a “coercitividade ótima”, representada por “CO”, de acordo com o Gráfico 4 a seguir:



Convém notar que o valor referente ao ponto “CO” – expresso por “V co” – não tem, em tese, nada a ver com o valor da prestação principal. E afirma-se isso porque alguns autores, na tentativa de oferecer um critério objetivo para a limitação da multa cominatória, tentam estabelecer alguma relação entre o seu valor e o correspondente econômico da obrigação.

Nesse sentido, por exemplo, Araken de Assis, afirma que a multa pode e quase sempre deve “ultrapassar a medida econômica da prestação” (ASSIS, 2013, p. 150), estabelecendo o valor da prestação como um limite mínimo ao valor da multa. Com entendimento semelhante, Luiz Marinoni diz que, “no caso em que há prestação (dotada de valor patrimonial) a ser cumprida, a multa, para ter efetividade, obviamente tem que ser fixada em valor superior ao valor equivalente à prestação” (MARINONI, 2012 p. 78).

Tal posicionamento desconsidera a disparidade que eventualmente exista entre a apreciação econômica da obrigação, objetiva, e o valor atribuído a ela pelo devedor, de caráter subjetivo, que é o que está diretamente ligado ao efeito coercitivo. É preciso observar que, caso o valor mínimo do preceito seja fixado para muito além do ponto “V co”, é provável que a multa não chegue nem perto de alcançar seu propósito, dada a consequente diminuição da coeritividade.

Assim, tendo em vista a ideia de que os objetivos do processo devem ser buscados de maneira eficiente ao aplicar o preceito cominatório, parece menos arbitrário e talvez mais

adequado fixar o limite da multa no valor em que ela atinge sua máxima eficácia, isto é, no ponto “CO”.

A partir deste ponto, é possível proceder à abordagem matemática dos resultados observados. A variação do efeito coercitivo em função do valor da cominação pode ser compreendida com o auxílio da fórmula de Learned Hand³.

Ao decidir se irá ou não cumprir a obrigação após a aplicação da multa, o executado realiza uma espécie de cálculo em que pondera os custos e os benefícios envolvidos em cada possibilidade de ação. Geralmente, sendo maiores os custos do inadimplemento, o devedor cumprirá a obrigação. Se, por outro lado, os benefícios forem maiores, tenderá para o não cumprimento. Na lição de Araken de Assis, a multa é “baseada numa lei psicológica que proclama a preferência da pessoa humana pelos comportamentos de menor esforço” (ASSIS, 2013, p. 662). Portanto, trata-se, como dito, de uma medida que visa a afetação da esfera psíquica do executado, de forma a redistribuir as vantagens relacionadas ao (in)adimplemento e, assim, impeli-lo no sentido do cumprimento da obrigação.

Adaptada para o contexto da aplicação do preceito cominatório, a fórmula de Hand pode ser descrita da seguinte maneira:

$$B < C$$

Em que:

B = benefícios do inadimplemento

C = custos do inadimplemento, calculados a partir da expressão:

$$C = p.v$$

Em que:

p = probabilidade de ter que pagar a multa

v = valor da multa

³ Originalmente, a fórmula de Hand se aplica à análise de condutas culposas. Ressalta-se a importância de comparar os eventuais danos causados por acidentes, o chamado dano esperado marginal (DE), com os custos de precaução (C). Nesse sentido, afirma-se que $C < DE$, em que $DE = pd$, sendo p , a probabilidade marginal de ocorrência do dano, e d , o valor respectivo (PORTO, 2014, p. 185).

Note-se que os custos do inadimplemento são diretamente proporcionais ao valor da multa, isto é, quanto mais alta a pena pecuniária, mais oneroso é, para o devedor, permanecer inadimplente. E, conforme a relação matemática expressa acima, mantidas as outras variáveis, a elevação contínua do valor da multa deveria fazer com que os custos do inadimplemento também aumentassem indefinidamente, e o descumprimento da obrigação se tornasse cada vez mais pesado ao devedor.

Isso é exatamente o que ocorre na esquematização gráfica do primeiro pressuposto. À medida que “v” aumenta, “C” também aumenta, de acordo com a fórmula de Hand. E quanto maior for “C”, mais alta será, também, a coação sobre o executado. Como dito, as pessoas tendem a preferir os comportamentos de menor esforço, ou, no caso, de menor custo. Logo, aumentar os custos de uma conduta é uma forma de coagir o agente a assumir o comportamento contrário. Coação (efeito coercitivo) e custos estão diretamente ligados, e é por isso que é possível afirmar que quanto maior o valor da multa, maior será o seu efeito coercitivo.

A partir do ponto “CO”, porém, percebe-se uma lógica distinta, pois o efeito coercitivo cai, ainda que o valor da multa continue aumentando. Tal comportamento da coercitividade, que parece ilógico se analisado exclusivamente com base no valor da multa, passa a fazer sentido quando analisado por meio da expressão de Learned Hand. Como visto, “C” é calculado em função de duas variáveis: o valor da multa (“v”) e a probabilidade do seu pagamento (“p”). Portanto, se em “CO” os custos diminuem a despeito do aumento do valor, só se pode concluir que a outra variável diretamente ligada a eles, a probabilidade de pagar a multa, diminui num ritmo superior ao ritmo do aumento do valor. Em dado momento, o pagamento da multa, na esfera psíquica do executado, se torna menos provável, o que reduz o seu poder de coação. Nessas situações, é possível que a multa cominatória reste frustrada, não importando quão alto seja o seu valor.

CONCLUSÃO

Inicialmente, foram apresentadas as características essenciais do preceito cominatório, que serviram de base para o desenvolvimento dos argumentos do presente trabalho. Em seguida, explicou-se a discussão sobre a falta de limites da multa e analisou-se algumas das ideias da doutrina pátria a respeito do tema.

Como se tentou demonstrar, não há no direito brasileiro quaisquer critérios para a fixação dos limites do preceito cominatório. A ausência de parâmetros faz com que essa tarefa

fique a cargo das impressões do magistrado, o que pode levar à sua aplicação inadequada, trazendo prejuízos não somente para a solução de casos em particular, mas para a própria força da cominação como meio de execução indireta. Entende-se que a multa deve ser limitada para que alcance sua finalidade. Entretanto, não há consenso acerca da forma pela qual essa limitação deve ocorrer.

Concluiu-se que usar o enriquecimento sem causa para sustentar a limitação do preceito cominatório traz alguns problemas. Esse fundamento, além de ignorar as questões atinentes à efetividade da multa, não faz nenhum avanço no sentido de objetivar os critérios para limitação do instituto.

Afirmar que a multa deve ser limitada para evitar o enriquecimento sem causa não permite dizer quais parâmetros devem ser usados para definir esses limites. Pelo contrário: a adoção dessa regra inviabiliza a cominação. Na tentativa de justificar a restrição do preceito cominatório, os autores que invocam os limites do direito material pecam por não perceberem que tais limites, na verdade, tornam a multa impraticável.

Em seguida, passou-se à exposição da metodologia utilizada no presente trabalho. Primeiramente, delineou-se um esquema gráfico para melhor compreender o fenômeno da cominação, partindo de um pressuposto lógico das *astreintes* e de constatações da doutrina sobre o assunto. Em seguida, procedeu-se à interpretação desse esquema gráfico e à abordagem matemática das variáveis selecionadas, usando a fórmula de Learned Hand.

Verificou-se que o efeito coercitivo do preceito cominatório varia conforme o aumento do valor, de forma que é possível, em tese, identificar valores em torno dos quais o instituto tende a ser mais eficaz. Além disso, alguns parâmetros indicados pela doutrina para a fixação dos limites do preceito cominatório, como o valor da obrigação principal, não mantêm nenhuma relação com a efetividade do instituto.

A fórmula de Hand serviu à explicação de alguns dos resultados obtidos. Nesse sentido, constatou-se que, a partir de determinado ponto, com o aumento do valor da multa, a probabilidade de pagamento na esfera subjetiva do devedor parece diminuir num ritmo superior ao do aumento do valor. Assim, ultrapassado o nível ótimo do valor das *astreintes*, a tendência é que o instituto se afaste cada vez de sua finalidade, qual seja, constranger o devedor ao cumprimento da obrigação principal.

Acredita-se que as conclusões obtidas podem ser úteis na discussão do valor da multa cominatória. Entretanto, tudo isso não passa de um ponto de partida para outras pesquisas. É possível traçar, a partir deste ponto, diversos perfis de devedor, por exemplo. O próximo passo para este trabalho poderia ser a realização de estudos de caso com o objetivo de

investigar essa diminuição da probabilidade de pagamento da multa na esfera subjetiva do devedor. Isso realmente ocorre? Em que medida? Quais são as variáveis envolvidas nessa diminuição? Esses estudos também serviriam a contornar alguns problemas intrínsecos ao modelo, como, por exemplo, a subjetividade da variável “efeito coercitivo”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 4. ed. , rev., ampl. e atual. Salvador: sem editora, 2012. v. 5.

GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Curso de Processo Civil, 3).

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 5 ed. rev. e atual. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limitação do valor das *astreintes*: o Direito Material contra-ataca. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, nº 72, pp. 19-41, mar. 2009.