



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 10 - Número 1

Janeiro/Abril 2015



LIMITAÇÃO DE ASTREINTES NO DIREITO ELEITORAL¹

ASTREINTES LIMITATION OF ELECTORAL LAW

WALBER DE MOURA AGRA²

RESUMO

Astreinte é um instituto originário do Direito Civil que se difundiu nos demais ramos do Direito, por exemplo, no Direito Eleitoral. Basicamente, trata-se de uma multa aplicada pelo juiz com a finalidade de dar cumprimento a um mandamento judicial. O ponto-chave desse instituto é: essa

¹ Artigo recebido em 10 de fevereiro de 2015 e aceito para publicação em 12 de fevereiro de 2015.

² Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE (Università degli Studi di Firenze). Professor da Universidade Federal do Estado de Pernambuco e da ASCES. Professor visitante da Università degli Studi di Lecce. Membro do Conselho Científico do Doutorado de Universidade de Lecce. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (Ibec). Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux. IV. Membro Correspondente do Cerdradi (Centre d'Études ET) de Recherches sur les Droit Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays em Développement. Procurador do Estado de Pernambuco. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB. Advogado.

multa não é um fim em si mesmo, ou seja, serve apenas para auxiliar no cumprimento de uma ordem judicial, isto é, o juiz determina que se faça ou que se deixe de fazer algo, sob pena de multa diária. Por meio da obrigação acessória (astreintes), impõe-se o cumprimento da obrigação principal. Este artigo analisa todos os aspectos das astreintes dentro do Direito Eleitoral, como: conceito; finalidade; legitimidade; possibilidade de modificação; princípio da proporcionalidade; vedação de enriquecimento ilícito; extensão da divulgação; e, prazo máximo.

Palavras-chave: Astreintes. Multa eleitoral. Legitimidade. Proporcionalidade. Prazo máximo.

ABSTRACT

Astreintes is an original Institute of Civil Law, which spread in the other branches of law, for example, the Electoral Law. Basically, this is a fine applied by the courts in order to comply with a judicial commandment. The key point of this institute is: this penalty is not an end in itself serves only as an aid in compliance with a court order, that is, the judge determines that to do or not do something, subject to a daily fine. Through the accessory obligation (astreintes), undertakes to comply with the primary obligation. This article looks at all aspects of astreintes within the Electoral Law, as a concept, purpose, legitimacy, possibility of modification, the principle of proportionality, sealing illicit enrichment, extension and disclosure deadline.

Keywords: Astreintes. Election fine. Legitimacy. Proportionality. Maximum period.

1 Introdução

O conceito de jurisdição provém da soberania estatal, traduzindo-se na prerrogativa de concretizar o direito substantivo. A função da jurisdição é robustecer o princípio da soberania, que indiscutivelmente se configura como um apanágio inerente ao Estado. Para Chiovenda, a jurisdição é uma função do Estado que tem o escopo de concretizar

a vontade da lei por meio da substituição, pela atuação de órgãos públicos, das atividades de particulares ou de outros órgãos públicos.

Hodiernamente, o conceito de jurisdição supera a questão meramente substitutiva, adentrando em uma função inexoravelmente criativa do Estado, ou seja, configura-se uma atividade manifestamente criadora de normas jurídicas em sentido concreto, aplicadas conforme as peculiaridades de cada caso específico.

Esse papel criativo é inerente ao Poder Judiciário, tendo em vista sua insigne função de interpretar os textos normativos, os princípios e as regras, principalmente quando estes não determinam completamente sua própria densidade, como no caso dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios constitucionais.³

Dessa forma, a decisão judicial consubstancia um verdadeiro ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, criada e aplicada diretamente pelo Poder Judiciário, diferenciando-se das demais normas jurídicas em razão da possibilidade de se tornar imutável, tendo em vista o instituto da coisa julgada. A fundamentação da decisão judicial, por sua vez, congrega o que se denomina de *ratio decidendi*, ou seja, os motivos pelos quais aquela autoridade judicial tomou determinada decisão, perfazendo a relação jurídica do processo.

Isso porque a natureza jurídica da relação processual hodiernamente deve ser analisada sob o prisma da relação jurídica de direito público, que se desenvolve, progressivamente, entre o juiz (tribunal) e as partes, destacando-se apenas o aspecto da noção de processo mais evidente, consistente na sua marcha ou avanço gradual, avultando sua

³ Explica Luhmann "si no existe una alternativa, la decisión Del tribunal ya fue anticipada por El legislador o por La conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía alternativas. No hay ninguna decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de La decisión, Sean necesarias (o posibles) más decisiones". LUHMANN, Niklas *El derecho de. La sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 370.

conotação de procedimento.⁴ A relação processual é uma relação jurídica, haja vista o vínculo entre as partes, cujos aspectos relevantes são jurídicos, o qual possa existir uma obrigação de fazer ou não fazer, por meio da submissão do caso concreto aos proclames legais.

A relação jurídica processual tem como principal escopo a garantia de estabilidade das relações particulares e públicas, tutelando os interesses objeto do litígio; advindo, assim, a emanção de obrigações e sanções, principalmente decorrentes do poder geral de cautela, cujo intento teleológico é garantir a eficácia prática do processo, otimizando a autoridade e eficácia das decisões judiciais.

Ocorre que, em relação ao processo eleitoral, tais vetores devem ser interpretados sob outros espectros, principalmente em razão do interesse público, objeto da relação processual, cuja natureza jurídica ostenta um elevado grau de indisponibilidade, haja vista estar em jogo a lisura e a paridade de armas do pleito eleitoral. Em virtude da exigência de que o processo eleitoral seja a caixa de ressonância da sociedade, expressando os anseios e as vontades populares, torna-se imprescindível que a autoridade judicial possua mecanismos otimizadores de suas decisões, coibindo os abusos praticados, assim como as ilegalidades, tutelando a sua legitimidade e permitindo que o processo eleitoral possa atender o desiderato almejado.

Um desses mecanismos é a fixação de astreintes, cujo objetivo é forçar a parte adversa a cumprir o mandamento judicial proferido durante o curso de um processo de cognição, fazendo com que, por intermédio de uma cominação, os imperativos emanados pela Justiça Eleitoral possam ser cumpridos.

⁴ Bülw afirma que no processo existiam duas relações distintas: uma de direito material, que é a causa de pedir da ação, a própria relação discutida em juízo; e, uma relação de direito processual, "que se estabelecia com o próprio processo entre o autor, o juiz, este e o réu, identificando o processo como uma relação jurídica distinta daquela outra, porque tem como objeto a prestação jurisdicional". Dizia Bülw que "o equívoco da ciência processual foi – em vez de considerar o processo uma relação jurídica de direito público, que se desenvolve, progressivamente, entre o juiz (tribunal) e as partes – ter destacado apenas o aspecto da noção de processo mais evidente, consistente na sua marcha ou no seu avanço gradual (o procedimento)". BULOW, O. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145.

2 Do conceito de astreintes

A astreinte é medida incidental tomada pela autoridade judicial durante a marcha processual. Isso significa dizer que ela não é um fim em si mesmo a ser perseguido, mas apenas uma medida judicial acessória, cujo obséquio é garantir a autoridade e eficácia das decisões e do próprio processo.⁵ Em outros termos, podemos defini-la como uma medida imposta pela autoridade judicial visando forçar um sujeito processual a cumprir uma obrigação de fazer, que pode mostrar natureza fungível ou infungível, positiva ou negativa de entregar coisa certa.⁶ O doutrinador Nascimbene, conceitua o instituto *astreintes*, derivado do latim *adstringere*, como uma medida coercitiva indireta, de caráter patrimonial, destinada a induzir o devedor a cumprir a obrigação que lhe foi imposta por um provimento judicial. A condenação advinda de sua aplicação corresponderá a uma soma em dinheiro a ser paga pelo devedor, fixada por dia de atraso ou outra periodicidade qualquer, que melhor se adapte à situação.⁷

A sua natureza jurídica é eminentemente de multa. Nesse sentido, de forma muito concisa, preleciona Luiz Guilherme Marinoni que o escopo teleológico da astreinte como multa circunscreve-se ao objetivo de convencer indiretamente o réu a cumprir o mandamento judicial proferido.⁸

A multa é essencialmente uma sanção pecuniária, aplicada em virtude do descumprimento de uma obrigação, podendo provir da seara administrativa ou da seara judicial. No dicionário Houaiss, observa-se que multa é um substantivo feminino que tem como significado uma

⁵ Importante salientar as divergências existentes na doutrina quanto à natureza jurídica das astreintes, pois alguns juristas entendem que a adoção das astreintes “é um modo, assim, de zelar pela própria dignidade da justiça, como entidade sociopolítica, utilizando-se de todos os meios legais e civilizados para fazer o cumprir o julgamento, sem violentar a pessoa humana”.

⁶ É entendimento assente em nossa jurisprudência que as astreintes podem ser fixadas de ofício pela autoridade judicial, naqueles casos de descumprimento de ordem judicial.

⁷ NASCIMBENI, 2005, p. 89-90.

⁸ MARINONI, 2003, p. 54.

“sanção pecuniária” ou “qualquer reparação imposta por ato julgado condenável; castigo, penitência”.⁹

O termo “multa” pode ser empregado em vários rincões jurídicos, dentre eles a multa civil, fiscal, penal, convencional e compensatória, etc. Em todos eles, seu denominador comum é que possuem a natureza acessória de cumprimento de uma obrigação determinada por autoridade competente, apenas com *locus* específico de aplicação.¹⁰

As astreintes são uma espécie de multa, a ser aplicada na esfera cível. Seu intuito é assegurar o adimplemento de uma determinação, impondo uma sanção pecuniária em caso de inadimplemento da obrigação. Quanto maior for a inércia para o cumprimento da demanda, maior será o valor a ser pago a título de astreintes. De origem jurisprudencial francesa, sua aplicação na processualística brasileira se configura como alvissareira, constituindo-se em um instrumento para garantir a eficácia processual, concretizando um direito subjetivo declarado judicialmente.

As multas eleitorais são desideratos lógicos do poder de polícia da Justiça Eleitoral e, igualmente, possuem a obrigação de garantir a eficácia às decisões proferidas. Elas objetivam inibir e coibir as práticas abusivas e ilegais por parte dos candidatos, seja antes do período eleitoral, como no caso da propaganda extemporânea, seja durante o período eleitoral, nos casos de propaganda irregular e fixação de astreintes por descumprimento de ordem judicial, com fulcro no § 1º do art. 37 da Lei nº 9.504/1997.

As multas eleitorais podem ser de natureza administrativa ou judicial, sendo que estas últimas se subdividem em cíveis e criminais. A necessidade desta subdivisão decorre da destinação das multas, isto é, se os valores arrecadados decorrem de multas administrativas ou judiciais de natureza civil serão destinadas ao Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), conforme preconiza

⁹ MULTA, in: HOUAISS, *Dicionário eletrônico*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 9 fev. 2015.

¹⁰ SILVA, 1982, p. 3-4.

o art. 38 da Lei nº 9.096/1995 e na Res.-TSE nº 21.975/2004. Contudo, se forem as multas eleitorais decorrentes de decisões judiciais de natureza criminal, estas serão destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional, de acordo com Lei Complementar nº 79/1994.

Nesse viés, nota-se que o fim colimado pela multa, hodiernamente, conforme conceitua diversos processualistas, é dar efetividade ao processo, pois no momento que envolve valores pecuniários para o cumprimento de determinada decisão judicial, o seu cumprimento se torna medida constritiva. Nas precisas lições de Marinoni, apenas com o mecanismo da coerção estatal, em razão de sua natureza pecuniária, com a incidência de multa, o demandado fará uma reflexão antes de não atender a uma ordem emanada pelo Poder Judiciário.¹¹

As astreintes são aquelas multas diárias estabelecidas pelo magistrado e têm como missão basilar a “coerção” financeira para o devido cumprimento de sua ordem, sendo desanuviado pela doutrina processualista como um mecanismo de coerção para pressionar a vontade do devedor renitente que, temeroso dos prejuízos, acabará por cumprir aquilo a que vinha resistindo.¹²

Nesse ínterim, a multa ou astreinte em nada tem a ver com a repressão ou mesmo com punição. Sua taxionomia jurídica é tão somente coercitiva e, como define Humberto Dalla, é o “resultado prático equivalente”, evidenciando nesse ponto a sua característica de alcançar o adimplemento da referida imposição judicial e tão somente isso, densificando a efetividade das decisões judiciais.¹³ Do que fora exposto, extrai-se como dedução inexorável que as astreintes não podem ter o desiderato de enriquecimento sem justa causa, nem ser desarrazoadas com a finalidade de cumprimento da obrigação.

Por intermédio da leitura do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, advém

¹¹ MARINONI, 2003, p. 83.

¹² GONÇALVES, 2012, p. 618.

¹³ PINHO, 2012, p. 477.

que o sistema processual brasileiro adotou o conceito francês das astreintes, tendo sido preconizado no *caput* do referido dispositivo que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, trazendo no § 6º a possibilidade de que o juiz imponha multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

As astreintes não se limitam, apenas, ao referido artigo supra, o conceito também está insculpido nos arts. 461, §§ 5º e 6º, 461-A, § 3º, 621, parágrafo único, 644 e 645 do CPC, além do art. 84, § 4º, da Lei nº 8.078/1990 (CDC) e art. 52, V, da Lei nº 9.099/1995.

3 Função da obrigação acessória para garantir a efetivação do direito

Definido o seu conceito e a sua natureza jurídica, importante consignar que as astreintes ostentam uma função inexoravelmente acessória, ou seja, não se podem tornar a obrigação principal do processo, sob pena de desvio de finalidade da respectiva prestação jurisdicional e quebra direta do devido processo legal. Ora, já que sua finalidade é conceder eficácia na concretização de um direito subjetivo declarado judicialmente, seu escopo não pode ser outro senão servir de meio coercitivo para que o devedor cumpra a obrigação de fazer ou não fazer, imputada a ele judicialmente, densificando o mandamento judicialmente insculpido por meio de um título executivo.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a multa contida no art. 161 do Código de Processo Civil exibe um desiderato teleológico de garantia

de eficácia da própria decisão judicial, contendo força coercitiva, no que impede que o mesmo seja desprovido de eficácia.¹⁴

Não obstante, Theodoro Junior afirma que as astreintes ostentam força invariavelmente intimidatória, haja vista que, por meio da coação financeira, procura-se forçar o devedor a cumprir a obrigação imposta judicialmente. E prossegue, aduzindo que a finalidade das astreintes não é a satisfação do direito pelo credor, mas meio indireto de execução de obrigação exigível. Em suma, exhibe como apanágio coagir o demandado ao cumprimento da obrigação principal, determinada judicialmente, advertindo o devedor para os prováveis danos de sua inércia mediante a uma pressão consistente no valor arbitrado pelas astreintes.

Todavia, mesmo com todas as consequências advindas da imposição das astreintes, elas não podem, em hipótese alguma, ser sucedâneas da obrigação principal. Surgem no processo *a posteriori*, como incidente processual com o desiderato de assegurar o adimplemento da obrigação principal, sendo acessórias a esta. Como consectário lógico, seu valor ou relevância processual não pode se sobrepor à obrigação principal, pois, se assim fosse, sua taxionomia seria totalmente desconstituída.

Em relação ao processo eleitoral, sua aplicação deve ser vista com cautela, principalmente durante a fixação do *quantum* arbitrado, de modo que esse valor não pode ser imputado desproporcionalmente, sob pena de ultrapassar a própria razão de ser do processo eleitoral, mormente nos casos de representações eleitorais.

Na verdade, a fixação das astreintes deve observar o interesse público envolvido no litígio, qual seja, a coibição do abuso de poder e das práticas manifestamente ilegais pelos candidatos, como nos casos

¹⁴ Por isso que Luiz Marinoni (2003, p. 53) ensina que as astreintes ostentam um caráter invariavelmente acessório e eventual. Justifica-se que o descumprimento da obrigação acarreta a exigibilidade da multa, ou seja, exigindo uma condenação *pro futuro*, tendo em vista que a incidência da multa apenas existe, quando há o descumprimento da ordem judicial, estabelecendo no § 4º a medida coercitiva de multa diária e no § 5º a medidas de apoio à efetividade da decisão judicial, tendo, ambas, por objetivo o cumprimento e a efetividade da decisão judicial imputada.

de propaganda eleitoral irregular e de abuso de poder econômico e político, de modo a existir uma proporcionalidade entre o seu *quantum* cominado e sua questão litigada em apreço. Isso porque a sua aplicação não é o objetivo principal do processo, mas apenas um mecanismo acessório, cujo intento principal é a obrigação de fazer ou não fazer, que se pretende forçar a parte adversa a cumprir. Nem na seara metajurídica fática, nem na seara teórica processual, o acessório pode se transmutar em principal, a não ser em uma nova ação, mas fazendo parte da *quaestio juris* preponderante.

4 Legitimidade

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda.¹⁵ Ensina Elmana Viana Lucena Esmeraldo que a legitimidade processual deve ser analisada no caso concreto, devendo figurar no processo eleitoral apenas aqueles sujeitos legitimados mediante aos preceitos legais vigentes e titulares das relações jurídicas envolvidas.¹⁶

Em relação à legitimidade para propor a execução das astreintes fixadas judicialmente em processos eleitorais, uma das questões cruciais é saber quem ostenta legitimidade para tanto. Antes de tecer qualquer comentário sobre a legitimidade ativa, importante ressaltar que a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, corriqueiramente denominada de Lei dos Partidos Políticos, instituiu em seu art. 38, inciso I, o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, denominado Fundo Partidário.

Com efeito, o Fundo Partidário é fomentado pela vinculação orçamentária da União, por multas e penalidades aplicadas aos candidatos nos termos da legislação eleitoral vigente, assim como por recursos

¹⁵ ASSIS, 2005, p. 9.

¹⁶ ESMERALDO, 2010, p. 35.

financeiros e doações de pessoas físicas ou jurídicas. Diante desse quadro, inicialmente, houve alguns posicionamentos legitimando-se os cidadãos à propositura da respectiva execução, *a posteriori*, em sentido evolutivo, dado o seu caráter público, outorgou-se legitimidade aos partidos, em razão do interesse financeiro eminente em sua cobrança.

Com o evoluir das discussões acerca da legitimidade, chegou o Tribunal Superior Eleitoral à conclusão de que as multas eleitorais que ocorrem no campo jurisdicional ensejam o cabimento de execução fiscal, exibindo legitimidade a Fazenda Nacional para impetrá-las.¹⁷ Esse entendimento foi tomado levando-se em consideração que o Direito Eleitoral versa sobre norma de interesse público, cujos bens protegidos são de titularidade coletiva, não sendo possível proceder à individualização das pessoas prejudicadas e sem que esses particulares possam se apropriar desses recursos que são essencialmente públicos.

Por tal razão, atualmente, tem-se aplicado o entendimento de que as astreintes, assim como qualquer multa eleitoral, estão submetidas à ação executiva na forma prevista para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, as quais obedecem à sistemática do art. 367, IV, do Código Eleitoral, que determina que a cobrança judicial da dívida seja feita por ação executiva na forma prevista para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, correndo a ação perante a Justiça Eleitoral, tecendo, nesses termos, a legitimidade da União através de sua advocacia na propositura da respectiva execução. Afinal, o Direito Eleitoral versa sobre norma de interesse público, cujos bens protegidos são de titularidade transindividual, não sendo possível proceder a individualização das pessoas prejudicadas, em defesa da lisura e da normalidade do pleito eleitoral, que são interesses difusos e direitos subjetivos de todos os cidadãos.

¹⁷ Agravo regimental. Agravo de instrumento. Legitimidade. Procuradoria da Fazenda Nacional. Execução fiscal. Multa eleitoral. Dívida ativa não tributária. Agravo improvido. NE: "A Procuradoria da Fazenda Nacional é parte legítima para ajuizar ação de execução fiscal para a cobrança de crédito decorrente de multas eleitorais, as quais se constituem em dívida ativa não tributária da União". (Ac. nº 5.764, de 25.8.2005, rel. Min. Caputo Bastos).

As astreintes devem ser destinadas ao Fundo Partidário e não à parte representante da ação eleitoral, haja vista que sua natureza jurídica não é ressarcitória, pois não têm finalidade de reembolsar o litigante de eventuais prejuízos suportados. Trata-se de um instrumento de interesse público, cujo bem jurídico protegido é a democracia e a soberania popular, dessa forma, impossível se pensar em sua apropriação privada.

Diante desse contexto, nossa jurisprudência fixou entendimento de que os candidatos, partidos políticos e as coligações não possuem legitimidade para promover o cumprimento de sentença ou promover qualquer outro meio processual coercitivo, envolvendo execução de astreintes, fixadas em virtude de multas eleitorais.¹⁸

Nesse sentido, cite-se o entendimento do Min. Marco Aurélio que, em relatoria na Ac. nº 5.627 de 28.4.2005, discorreu que “a multa imposta pela Justiça Eleitoral, ante a representação do Ministério Público, ocorre no campo jurisdicional, dando respaldo a executivo fiscal”.

Por tal razão, reconhecida a obrigação de exigência da cobrança de astreintes fixadas no curso de uma representação eleitoral, há de se asseverar que apenas detém legitimidade para propositura da execução fiscal a Procuradoria Nacional da Fazenda, sem que as coligações, os partidos políticos ou o Ministério Público (partes no processo originário) possam cumprir tal mister. Em relação ao Ministério Público, importante mencionar que tal instituição permanente tem legitimidade para propor

¹⁸ No Informativo nº 15 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de 2014, cristalizou-se a modificação na legitimidade ativa nas ações de execução de *astreintes*, por meio do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 1168-39, do município de Almirante Tamandaré/PR, de relatoria da Ministra Luciana Lóssio, datado do dia 9.9.2014, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por unanimidade, preconizou o entendimento de que, apenas, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional possui legitimidade para ajuizar ação de execução de *astreintes* decorrentes das multas aplicadas no âmbito da justiça eleitoral. Eleições 2012. Recurso especial eleitoral. Execução. Multa eleitoral. *Astreintes*. Ilegitimidade ativa. Desprovisionamento. 1. *A legitimidade para ajuizar ação de execução de astreintes, imposta pelo descumprimento de ordem judicial relativa à retirada de propaganda eleitoral irregular, é da União, por se estar a tratar de norma de interesse público, cujo bem jurídico protegido é a democracia e a soberania popular.* 2. Recurso especial não provido. (Respe nº 1168-39.2012.6.16.0171/PR –Classe 32, Almirante Tamandaré/PR, rel. Min. Luciana Lóssio, DJU 9.9.2014).

a representação eleitoral, mas não tem para propor a ação de execução.¹⁹ Esse entendimento está pautado pelo viés de salvaguardar o interesse público, bem como pelo art. 367, IV, do Código Eleitoral.

5 Possibilidade de modificação das astreintes (art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil)

O art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil, determina que o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Nelson Nery Junior ensina que a respectiva normatização se justifica pelo fato de ser a multa medida de execução indireta, objetivando forçar o devedor a cumprir a obrigação principal. Nesse sentido, explica o mencionado autor que a redução da multa é medida necessária

¹⁹ Nesse sentido, Agravo de instrumento. Pedido de efeito suspensivo. Exceção de pré-executividade. Execução por quantia certa. Multa. Descumprimento de TAC. Conflito de competência. Decisão do STJ. Competência da Justiça Eleitoral. Inadequação da via eleita. Ilegitimidade ativa. Carência da ação de execução. Agravo provido. Execução extinta.

1. Suscitado conflito negativo de competência perante o STJ, restou decidido que compete à Justiça Eleitoral processar execuções fundadas em termos de ajustamento de conduta firmados entre as coligações e o Ministério Público Eleitoral.

2. A fixação da competência desta Justiça Especializada para executar multas eleitorais por si só, não autoriza ao Ministério Público Eleitoral a promover o processo executório, sem que antes tenha sido ajuizada representação eleitoral, na qual se assegure ao demandado o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF/88).

3. Apesar da Lei nº 7.347/1995 legitimar o Ministério Público a firmar termo de ajustamento de conduta e conferir a este termo a qualidade de título executivo extrajudicial, a mencionada lei não tem aplicabilidade em matéria eleitoral consoante prevê o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997.

4. *Carece o Ministério Público Eleitoral de legitimidade ativa para promover a execução de multas eleitorais, posto que compete à Procuradoria da Fazenda Nacional, tal mister (art. 367, IV, do Código Eleitoral).*

5. A carência da ação por inadequação da via eleita e por ilegitimidade ativa enseja a extinção da ação de execução sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

6. Agravo de instrumento provido.

AI nº 13974, São Francisco de Goiás/GO, 27.11.2012, relator: João Waldeck Felix de Sousa. Publicação: *Diário de Justiça (DJ)*. 2012, p. 4.

naqueles casos em que ela foi fixada de forma desproporcional, assumindo um ônus maior do que a obrigação principal.²⁰

Assim sendo, se o valor fixado a título de astreintes estiver estabelecido dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a sua redução não se torna factível. A aferição dos presentes requisitos deve ser observada em cada caso concreto, principalmente à luz do interesse público envolvido.²¹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a dicção do art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil, permite que o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, afaste ou altere o valor da multa quando essa se tornar insuficiente ou excessiva, mesmo depois de transitada em julgado a decisão condenatória, não existindo espaço para se falar em preclusão ou ofensa à coisa julgada.²²

Destarte, sem a proteção do manto da intangibilidade material e formal da coisa julgada, foge-se da subsunção do art. 474 do Código de Processo Civil, em virtude de que, por imperiosidade legal, possibilita a revisitação do *quantum* das astreintes, não sendo componente essa parte acessória da imutabilidade da *res judicata*.

Esse entendimento decorre da premissa de que o valor fixado a título de astreintes não integra o manto da coisa julgada, seja formal,

²⁰ NERY JUNIOR & NERY, 2006, p. 137.

²¹ Importante salientar também que a multa não deve ser limitada ao valor da obrigação, o que seria razoável se tivesse caráter indenizatório, pois o próprio artigo em estudo esclarece que a multa independe de perdas e danos, além do que, como já esclarecido, trata-se de multa processual em uma relação entre o Estado-Juiz e o devedor.

²² "Segundo a jurisprudência desta Corte, o art. 461 do Código de Processo Civil permite que o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, afaste ou altere o valor da multa quando este se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo espaço para falar em preclusão ou em ofensa à coisa julgada..." (AgRg no REsp nº 1440720/SP, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7.8.2014, DJE 19.8.2014).

seja material. Portanto, o respectivo valor pode ser revisto judicialmente a qualquer tempo, desde que comprovada sua desproporcionalidade.²³

Enfim, de acordo com essas considerações, tem-se que a jurisprudência dominante assevera que as astreintes não sofrem o efeito da coisa julgada, pois essa abrange o conflito de direito material, o litígio em si, podendo, pois, sofrer mutação após sua fixação e o seu trânsito em julgado, corrente essa que se entende apropriada.

6 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, na terminologia alemã, ou princípio da razoabilidade, na terminologia anglo-americana, exerce uma importante função no sentido de limitar os direitos fundamentais. Ele é um instrumento imprescindível para a aplicação das prerrogativas dos cidadãos diante de casos concretos. Originariamente utilizado no Direito Administrativo, foi trasladado para o Direito Constitucional e obteve grande desenvolvimento, principalmente na Alemanha, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

De forma bastante sintética podemos defini-lo como um princípio que tem o objetivo de evitar o excesso, impedindo a desproporção entre os meios e os fins a serem alcançados.²⁴ Para tanto, parte-se de três elementos básicos: o objetivo almejado deve ser condizente com a ordem constitucional e deve ser moralmente defensável; os meios

²³ Eis a reafirmação recente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça: Agravo regimental. Processo Civil. Cumprimento de sentença. Obrigação de fazer. Astreinte. Revisão a qualquer tempo. Possibilidade. Precedentes. Multa cominatória. Proporcionalidade. Acórdão embasado em premissas fáticas. Revisão. Súmula-STJ nº 7. 1. *A Corte de origem julgou a lide em consonância com a jurisprudência do STJ segundo a qual a redução do valor das astreintes disposta pelo § 6º do art. 461 do CPC não faz coisa julgada material, podendo seu valor ser revisto, a qualquer tempo, caso se torne insuficiente ou excessivo.* 2. A convicção a que chegou o Tribunal *a quo*, ao entender pela exorbitância do valor da multa diária estabelecida na origem, decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal, encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no AREsp nº 533301/DF 2014/0147058-0, relator: Ministro Humberto Martins, data de julgamento: 26.8.2014, T2 – Segunda Turma, data de publicação: DJE 1º9.2014)

²⁴ GUERRA FILHO, 2001, p. 227.

escolhidos devem ser adequados para a execução do objeto, proporcionando uma simetria entre ele e os meios para sua consecução; e a situação fática deve favorecer o objetivo previsto, ou seja, a realidade e as circunstâncias que cercam o objeto devem justificar a sua escolha e os meios de sua execução.

O princípio da proporcionalidade pode ser tomado no sentido de aptidão de necessidade e de concretização da proporcionalidade. O sentido de aptidão consiste na adequação entre o fim determinado e os meios escolhidos para a sua realização. O sentido da necessidade significa que o meio escolhido deve ser o de menor custo, aquele que menor mal possa proporcionar à sociedade. E o último sentido é o da concretização da proporcionalidade, em que o meio deve ser idôneo a realizar o fim determinado.

A adequação que deve promanar da proporcionalidade tem a finalidade de verificar se a solução escolhida é suficiente para realizar o objetivo almejado, de forma condizente, excluindo escolhas que sejam inadequadas. Esse critério atua em um momento *a priori*, na indicação, escolhendo a opção que seja mais eficiente para concretizar o ato pretendido. O meio utilizado deve ser o mais idôneo à realização do fim perseguido. Adentra no critério da adequação verificar se o fim perseguido e o meio escolhido são lícitos, ou seja, se inexistem empecilhos jurídicos para sua efetivação.

A necessidade tenciona evitar escolhas desnecessárias, que acarretem forte ônus à sociedade. Funciona como *standard* eliminatório, excluindo opções que apresentem maior custo. Também há um critério de comparação, checando se existem outras opções que possam causar menor lesão à coletividade. Sua feitura impõe a realização de duas condições: ser menos gravoso para o titular do direito que sofre a restrição e ter uma eficácia semelhante às outras opções que não foram escolhidas.²⁵

A proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*) configura-se no vetor que analisa se o ato resultante não elide de forma desarrazoada

²⁵ DIMOULIS & MARTINS, 2007, p. 215.

e absoluta outras prerrogativas. Seu sentido axiológico consiste em constatar que, dentre as demais opções fornecidas pelo ordenamento jurídico, a escolhida é a mais pertinente à integração do sistema. Aferem-se os bens em conflito para indicar o que possui a maior dimensão no caso concreto. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins nos sugerem a utilização da metáfora da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores ou bens jurídicos, estudando o respectivo peso e devendo prevalecer aquela que, na situação concreta, apresenta maior relevância e importância.²⁶

Indubitavelmente, deve-se constatar que durante a aplicação de qualquer multa eleitoral, seja aos candidatos, seja ao particular, deve-se observar o princípio da proporcionalidade, na sua aplicação ou na sua subsunção ao fato em apreço, bem como na aferição do valor da multa aplicada. As multas contidas em toda a legislação eleitoral não fogem dessa regra deontológica. Portanto, durante sua aplicação, devem-se levar em conta os primados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, a jurisprudência predominante do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que a fixação de multa dentro dos limites legais não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.²⁷ Então o que se percebe, é que nos casos que o valor da multa ultrapassa o montante máximo permitido pela legislação e pela proporcionalidade, seja multa de mérito, ou multa fixada em astreintes, estar-se-á violando diretamente princípios reitores da Constituição Cidadã de 1988.

²⁶ DIMOULIS & MARTINS, 2007, p. 224.

²⁷“Representação. Propaganda eleitoral antecipada. [...] 3. A multa fixada dentro dos limites legais não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. [...]” (Ac. de 16.10.2012 no AgR-RESpe nº 390462, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

7 Vedação de enriquecimento ilícito (art. 884 do CC)

O art. 884 do Código Civil adota a cláusula geral que impede a prática do enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa.²⁸ A adoção de “cláusula geral” revela uma técnica legislativa que surgiu em meados do século passado, objetivando superar procedimentos legislativos anteriores que se baseavam em uma forma específica de legislar, calcada sob o manto da concreção e individualidade. Com efeito, a adoção da técnica legislativa de “[...] cláusula geral confere ar de universalidade aos preceitos normativos e dificulta a existência de lacunas no sistema normativo.”²⁹

De forma muito concisa, pode-se dizer que o enriquecimento ilícito é todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica legítima. Ensina Celso Antonio Bandeira de Mello que o enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em princípio geral do Direito.³⁰

No caso em apreço, a fixação de astreintes sem a observância do princípio da proporcionalidade, indubitavelmente, poderá ensejar enriquecimento ilícito da parte adversa ou do próprio Estado, no caso do Direito Eleitoral, principalmente sendo desviada completamente a finalidade de obtenção da obrigação principal, em razão do montante abusivo do valor fixado pelas astreintes.

Portanto, cabe à autoridade judicial observar esses cânones sob pena do respectivo instituto ser instrumento para o enriquecimento ilícito e não para a garantia do cumprimento da obrigação principal.

²⁸ Para Limongi França (1987, p. 15.), “Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.”

²⁹ *Idem.*

³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo*: Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-CELSO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

8 Valor da multa eleitoral (art. 57-D)

Sabe-se que o conceito de valor tem diferentes significados em cada esfera do conhecimento. Na esfera econômica, Adam Smith conceitua o valor como uma espécie de habilidade intrínseca de um produto apto a oferecer alguma utilidade funcional para a sociedade.³¹

Com efeito, o art. 57-D, da Lei nº 9.504/1997, aduz que é livre a manifestação do pensamento, vedando o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – Internet – e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica, assegurado o direito de resposta, nos termos da legislação pertinente (esse é o mesmo sentido do art. 22 da Resolução nº 23.404/2014).

A violação ao respectivo artigo impõe ao responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, ao beneficiário a multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais), conforme preconiza o § 2o do referido artigo. Nesses termos, em respeito à cominação em abstrato, a imposição de multa em seu valor máximo é de R\$30.000,00 (trinta mil reais), não podendo valor maior ser cominado, sob pena de soçobrar no manto da ilegalidade.

Coneglian assevera que a propaganda será irregular na rede mundial de computadores quando houver violação e quando ocorrer propaganda eleitoral anônima, positiva ou negativa. “Nesse caso, embora a peça de propaganda não tenha autor definido, exige-se alguma prova de sua autoria, ou da autoria da divulgação, pois se não for assim, não haverá réu na demanda.”³²

Os tribunais regionais eleitorais vêm aplicando o referido dispositivo nos casos que envolvem a questão do anonimato. Outrora, o doutrinador Coneglian aduz que o § 2o do art. 57-D é uma cópia fiel da penalidade prevista quanto à violação do artigo 57-C.³³

³¹ SMITH, 1983, p. 45.

³² CONEGLIAN, 2014, p. 382.

³³ CONEGLIAN, 2014, p. 380.

Defende-se que a multa contida no § 2º não deve ser aplicada apenas à multa de mérito, mas também em sede de astreintes, e o seu respectivo valor – seja mínimo, seja máximo – pode ser aplicado incidentalmente através de cominação para adimplemento obrigacional. Em outras palavras, o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais) deve ser aplicado tanto para o mérito quanto para as astreintes.

Qualquer interpretação que permita que valor superior ao cominado pelo mencionado dispositivo legal, a título de astreintes, possa ser arbitrado estiola o princípio da proporcionalidade e, diretamente, incide contra o princípio da legalidade.

9 Efeito da divulgação na rede social em adequação ao tamanho do município

Recentemente, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por unanimidade, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral (Resp nº 2949), firmou entendimento no sentido de que a intervenção da Justiça Eleitoral nas redes sociais deve ser mínima, principalmente antes do período eleitoral.

Esse precedente enaltece a liberdade de expressão do eleitor e dos candidatos, fazendo com que a interferência da Justiça Eleitoral ocorra apenas naqueles casos em que há ofensa à honra ou há divulgação de fato sabidamente inverídico, assim como violações manifestas aos dispositivos legais, principalmente aqueles contidos na Lei nº 9.504/1997.

Esse entendimento cauteloso do Tribunal Superior Eleitoral deve ser seguido pelos tribunais regionais e juízes eleitorais, principalmente tomando como base a adequação ao tamanho do município e as peculiaridades do caso analisado.

Como na Internet e principalmente nas redes sociais, essa modalidade de propaganda irregular encontra destinatários determinados, torna-se prudente que a multa mínima seja estabelecida nessas

situações, tornando-a compatível com a repercussão causada pelo fato ilícito eleitoral.

Portanto, recomenda-se que durante a aferição do *quantum* cominatório, os critérios da proporcionalidade sejam observados, assim como seja adequado o valor da multa ao tamanho do município, impedindo a cominação de multas desproporcionais e ineficazes à repercussão do fato ilícito impugnado.

10 Prazo máximo para aferição das astreintes em propaganda eleitoral

Embora inexista marco delineatório para a aferição das astreintes, sem um prazo específico predeterminado, ressalvado o cumprimento da obrigação a que se pretende forçar o adimplemento, importante mencionar que a data das eleições deve encerrar qualquer tipo de contagem de astreintes advindas de propagandas irregulares, caso contrário se desvirtua a finalidade do respectivo instituto. Ora, com o fim das eleições, a própria finalidade teleológica da obrigação principal do processo resta exaurida.

Impossível refletir de outra forma. Se no orbe eleitoralista a finalidade é garantir uma eleição com transparência e lisura, com o término do período eleitoral, não existe mais um fator teleológico para imposição de restrições às propagandas, haja vista que elas restam sem sentido. Se após esse marco temporal as astreintes ainda forem computadas, inexoravelmente, estar-se-á tipificada uma causa de enriquecimento ilícito e um abuso de poder por parte da autoridade que concedeu tamanha constrição.

Portanto, admitir o prosseguimento de sua contagem, implicaria em um ônus totalmente excessivo e desnecessário ao réu, sem nenhuma utilidade prática correlata a *mens legis* do processo eleitoral.

11 Considerações finais

Com apanágio em tudo que fora exposto, percebe-se que as astreintes consubstanciam um importante instrumento jurídico apto a garantir o cumprimento das decisões judiciais em processos eleitorais, principalmente nos casos de propaganda irregular.

Todavia, seu propósito jurídico não pode ser desviado, principalmente por meio de cominações absurdas, cujo valor ultrapassa de forma desproporcional o objeto principal da relação processual. Destarte, torna-se imprescindível que sua fixação observe os cânones da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de corresponder de forma adequada ao processo, evitando-se o enriquecimento ilícito e prejuízos econômicos aos candidatos, aos partidos políticos e às coligações partidárias.

Nos casos em que o valor fora fixado de forma desproporcional, torna-se inexorável que esse valor seja revisto judicialmente, tendo em vista que as astreintes não integram o manto da coisa julgada material.

E, por fim, pugna-se pela necessidade de adequação entre o valor da multa aplicada, principalmente no caso do art. 57-D da Lei nº 9.504/1997, e a repercussão gerada pelo conteúdo propagandístico, principalmente nos casos de eleições municipais.

Referências

ARAKEN, D. A. *Substituição processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CONEGLIAN, O. *Propaganda eleitoral: Eleições 2014*. 12. ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2014.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ESMERALDO, E. V. L. *Processo eleitoral: sistematização das ações eleitorais*. Editora Mizuno, 2010.

FRANÇA, R. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 1987.

GONÇALVES, M. V. R. *Direito processual civil esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA FILHO, W. S. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. São Paulo: Malheiros, 2001.

LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARINONI, L. G. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, C. A. B. *O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-CELSONANTONIO.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

NASCIMBENI, A. F. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2005.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil: comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OSKAR, V. B. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SMITH, A. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.