

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Exigibilidade e Execução da Multa do Art. 461 do CPC
(*Astreinte*) na Busca da Efetividade da Tutela Jurisdicional**

Aline de Almeida

**FLORIANÓPOLIS,
2009**

ALINE DE ALMEIDA

**EXIGIBILIDADE E EXECUÇÃO DA MULTA DO ART. 461 DO CPC
(*ASTREINTE*) NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina para obtenção do
título de bacharel em Direito.**

ORIENTADOR: Professor João Leonel Machado Pereira

**FLORIANÓPOLIS,
2009**



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**Exigibilidade e execução da multa do art. 461 do CPC (Astreinte) na busca da efetividade da tutela jurisdicional**”, elaborada pela acadêmica **Aline de Almeida** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 06 de fevereiro de 2009.

João Leonel Machado Pereira

Eduardo de Mello e Souza

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter iluminado minha caminhada, tendo-me acolhido nos momentos de dificuldade e me mostrado, naqueles de alegria, a importância de viver e de superar os obstáculos.

Aos meus pais, Ciro e Sônia, pela longa batalha, iniciada logo no início de minha vida, para que hoje fosse possível essa conquista. Assim, agradeço imensamente a eles, à minha irmã Karina e ao meu primo Antonio por todo o carinho, força e compreensão tão importantes para a conclusão dessa jornada.

À minha família em geral, pelo apoio que me foi dado durante todo o Curso de Direito.

Aos meus amigos, que não só compartilharam aprendizados jurídicos, mas dividiram seus sonhos, suas alegrias e tristezas, tornando especiais e inesquecíveis as lembranças da faculdade.

Ao meu namorado, Nelson Klein Júnior, pelo companheirismo e pelo apoio incondicional, mostrando-me que, mesmo longe, sempre caminhou e caminha ao meu lado.

Ao Professor João Leonel Machado Pereira, pelo aprendizado que tão pacientemente me proporcionou e pelo constante incentivo ao estudo do Direito.

Dedico esse trabalho à minha família, fonte inesgotável de amor, força e compreensão.

RESUMO

ALMEIDA, Aline de. Exigibilidade e Execução da Multa do Art. 461 do CPC (*astreinte*) na busca da efetividade da tutela jurisdicional, 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

O sistema processual civil brasileiro, marcado por sucessivas reformas, todas com promessas louváveis de tornar o processo mais célere e efetivo para obtenção do direito material, consagrou com as alterações promovidas pela Lei n. 8.952/94 a multa processual (*astreinte*) como técnica de coerção indireta ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer (art. 461, CPC) e, mais recentemente, ao dever jurídico de entregar coisa (art. 461-A, CPC, introduzido pela Lei n. 10.444/2002). Criada sob os manifestos da sociedade por um processo com menos formalidade e maior efetividade, a *astreinte* tem em sua flexibilidade a alavanca para alcançar, nas mais diversas hipóteses, o fim último de conceder ao jurisdicionado uma tutela que lhe seja útil no mundo dos fatos. Essa flexibilidade da medida, no entanto, não decorre completamente de expressa previsão do legislador. É certo que ele previu o momento e iniciativa para a imposição da multa, assim como a possibilidade de modificação de seu valor no curso do processo. Todavia, são nas lacunas por ele deixadas e nas expressões indeterminadas utilizadas no texto do art. 461 do CPC, que tornam a multa maleável, mas também palco de fervorosos dissensos na doutrina e jurisprudência. Entre os embates acirrados sobre o tema, dá-se realce nesse estudo à exigibilidade e execução do crédito decorrente da *astreinte*, na medida em que não foram matérias de regulamentação pelo CPC ou por outra norma extravagante, muito embora estejam intimamente relacionados à eficiência dessa ferramenta. E é justamente pelas constantes distorções a que a medida é submetida em virtude dessa lacuna, que a proposta desse estudo é expor os diferentes posicionamentos existentes no cenário jurídico a respeito do tema, voltando-se sempre ao objetivo primordial de sua criação: conferir tempestividade e efetividade à prestação jurisdicional específica.

Palavras-chaves: Tutela específica, multa, coerção, exigibilidade, execução, efetividade.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	08
1	A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA TUTELA: ORIGEM DA ASTREINTE E MEDIDAS ANÁLOGAS NO DIREITO COMPARADO.....	11
1.1	Origem da <i>astreinte</i>: do Direito Romano à normatização francesa.....	11
1.2	Análise das medidas coercitivas em outros sistemas.....	19
1.2.1	<i>A Common Law e o contempt of court</i>	19
1.2.1.1	<i>O contempt of court</i> na experiência brasileira.....	21
1.2.2	Direito Alemão	23
1.2.3	Direito Argentino.....	24
2	AS ASTREINTES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	26
2.1	Conceito	26
2.2	Previsão legislativa da <i>astreinte</i> no Brasil.....	27
2.3	Execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega da coisa após a reforma implementada pela Lei n. 10.444/2002.....	32
2.4	Natureza jurídica da multa.....	33
2.5	Sistemática de aplicação.....	35
2.5.1	Obrigações que autorizam a cominação da multa.....	35
2.5.2	A fixação da multa pecuniária.....	37
2.6	As obrigações de cunho instantâneo e a chamada “multa fixa”.....	47
3	EXIGIBILIDADE E EXECUÇÃO DA ASTREINTE NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	49
3.1	Considerações iniciais.....	49
3.2	Titularidade do crédito decorrente da <i>astreinte</i> e legitimidade para sua execução.....	50
3.3	Os requisitos do título para a execução por quantia certa: liquidez, certeza e exigibilidade.....	52

3.4	A exigibilidade da <i>astreinte</i> e sua execução provisória ou definitiva: uma análise do sistema à luz da efetividade da tutela jurisdicional.....	54
3.5	<i>Astreinte</i> fixada no despacho da inicial no processo de execução de título extrajudicial (art. 645, <i>caput</i>, CPC).....	63
3.6	A multa e a improcedência do pedido.....	63
3.7	Execução parcial da multa.....	67
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
	REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A morosidade e a ineficácia do processo são problemas antigos que atingem os mais diversos sistemas jurídicos. Não estão relacionados à cultura, aos aspectos econômicos ou sociais de um país, tornando-se, assim, um mal comum, cujo combate tem sido a principal meta desses ordenamentos.

O Brasil, como é sabido, sofre desse mal, que, de forma impressionante, alastrou-se rapidamente, sendo hoje uma realidade até mesmo nas pequenas comarcas. Legisladores têm envidado esforços no sentido de remediar os seus efeitos deletérios, introduzindo mecanismos destinados a conferir ao jurisdicionado uma tutela célere e útil no mundo dos fatos, seja com a dispensa de alguma formalidade ou tornando-a mais flexível, seja antecipando os efeitos da tutela pretendida ao final do processo. Esta, sem dúvida, foi a inovação que trouxe maior expectativa pela obtenção da almejada efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, o legislador sabia que era preciso não só criar técnicas para o alcance desse objetivo, mas aperfeiçoar aquelas já existentes, dando operacionalidade para produzirem os efeitos desejados no processo.

Nesse cenário, a proposta do presente trabalho é o estudo da multa do art. 461 do CPC (*astreinte*) que, inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o escopo de conferir efetividade à tutela jurisdicional específica, - assim entendida a prestação que propicia ao titular do direito a obtenção de tudo aquilo a que fazia jus se houvesse o cumprimento espontâneo da obrigação (de fazer, não fazer e entrega de coisa, arts. 461 e 461-A do CPC) pelo réu - encontra-se despida de regulamentação suficiente para garantir, nas mais diversas hipóteses de incidência, o alcance desse objetivo.

Com efeito, a multa como instrumento de atuação das decisões judiciais não é uma verdadeira inovação no sistema jurídico brasileiro, senão o aperfeiçoamento da técnica já observada no Código de Processo Civil de 1939 nas então chamadas ações cominatórias (arts. 301 a 303), bem como nas ações possessórias e na ação de nunciação de obra nova, assim como faz o estatuto processual civil de 1973.

No entanto, foi com a nova redação do art. 461 do CPC que a *astreinte* como meio de coerção indireta ao cumprimento da obrigação fixada judicialmente

restou consagrada, ganhando maior funcionabilidade (porém, como dito, ainda insuficiente) no cenário jurídico. Isso porque conferiu poderes ao juiz para fixá-la, a pedido ou mesmo *ex officio*, em decisão provisória ou definitiva, sendo que seu valor não é vinculado a qualquer grandeza existente no processo. Nesse aspecto, detém o magistrado a prerrogativa de majorá-la ou diminuí-la no decorrer do processo quando entender que o valor unitário da multa é ínfimo diante das condições econômicas do devedor ou alcançou cifra impossível de ser paga por ele.

Infelizmente, o fato é que poucos meios como a coerção psicológica, porque atrelada à ameaça a bens tidos como de grande valia ao homem (liberdade, incolumidade física e moral, patrimônio entre outros), conseguem atingir satisfatoriamente o objetivo de acelerar o cumprimento à ordem judicial e, por conseqüência, conferir utilidade à tutela impressa no comando.

À vista disso, num primeiro momento desse estudo, faz-se indispensável, ainda que de forma rasteira, tecer algumas considerações acerca da origem dos mecanismos de pressão psicológica para adimplemento das obrigações, tendo como ponto de partida o Direito Romano. Em seguida, analisar-se-á a evolução do direito francês no que concerne à utilização de meios coercitivos para o cumprimento das obrigações, na medida em que esse sistema jurídico foi o que primeiro normatizou a *astreinte*, inspirando a introdução dessa medida no direito brasileiro. Além disso, apresentar-se-á, de forma despretensiosa, algumas medidas coercitivas existentes em outros sistemas jurídicos e que, em sua essência, são voltadas ao mesmo objetivo da *astreinte*, comparação que proporciona o exame crítico de importantes elementos da multa em estudo.

Em seguida, percorrer-se-á os elementos mais relevantes da multa no regime conferido pelo art. 461 do CPC, sem antes debruçar-se sobre a história da multa em nosso sistema jurídico que, evidentemente, está atrelada a evolução legislativa da tutela específica. Em seguida, dar-se-á enfoque a natureza jurídica da *astreinte* para a exata compreensão dos pilares que sustentam a medida e, na seqüência, tratar-se-á propriamente da sistemática de aplicação da multa (forma e momento de imposição, critérios para valoração, modificação e revogação da medida, possibilidade de fixação progressiva ou de incidência única da multa entre outros).

Finalmente, abordados os aspectos necessários ao entendimento global da *astreinte*, adentrar-se-á, propriamente, no estudo da sua exigibilidade e execução

considerando os diferentes comandos judiciais que podem cominá-la no processo de conhecimento e de execução, pontos que, por estarem intimamente relacionados à eficácia da medida - muito embora não tenham sido matéria de regulamentação pelo legislador - protagonizam acirrados dissensos tanto na doutrina como na jurisprudência, cujos posicionamentos serão analisados e contrapostos de modo a proporcionar uma reflexão sobre o modelo (se é que existente) a ser seguido para alcançar-se com a utilização da *astreinte* a efetividade da tutela jurisdicional específica.

Espera-se, enfim, por meio deste trabalho, não o esgotamento do assunto ou a obtenção de um posicionamento estático, até porque as circunstâncias de fato estão sempre a modificar e a dar novas nuances aos institutos jurídicos, mas uma compreensão mais aprofundada da *astreinte*, com vistas aos princípios que norteiam o processo civil brasileiro, mormente o da celeridade e efetividade, a fim de que esse instrumento, posto a serviço da justiça, possa obter a eficácia plena idealizada pelo legislador e tão almejada pela sociedade.

1. A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA TUTELA: ORIGEM DA *ASTREINTE* E MEDIDAS ANÁLOGAS NO DIREITO COMPARADO

1.1. Origem da *astreinte*: do Direito Romano à normatização francesa

A ampla compreensão de qualquer instituto seja de direito material ou processual passa necessariamente pelo estudo de sua origem, ou seja, é necessário debruçar-se sobre suas raízes, vislumbrando o contexto histórico, em especial os problemas e os anseios da sociedade à época que serviram de inspiração para a criação da medida. Antes disso, por evidente, devemos fazer breve comentário do objeto de nosso estudo para, em seguida, tecer considerações sobre sua evolução histórica.

A princípio, pode-se dizer que a *astreinte*, instrumento materializado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, é a multa diária fixada em decisão judicial (seja em interlocutória ou sentença) cuja finalidade é compelir o devedor a cumprir uma determinada obrigação (fazer, não fazer ou dar) que lhe é imposta no referido comando. Embora não conste esta denominação na legislação processual brasileira, é certo que tal multa se trata de “técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês”¹, sistema do qual se adotou o referido termo.

Do breve conceito exposto extrai-se que esta multa tem caráter nitidamente coercitivo, visando superar a renitência do demandado em adimplir com seu dever, não possuindo, portanto, natureza punitiva, tampouco equivale a uma indenização por perdas e danos antecipada. Objetiva, em simples palavras, imprimir efetividade à tutela jurisdicional de modo a convencer o devedor de que lhe é mais vantajoso cumprir o que foi determinado a arcar com a multa pecuniária pelo seu inadimplemento.

Com efeito, valer-se de mecanismos de pressão psicológica para ver cumprida a obrigação pelo devedor e, conseqüentemente, conferir efetividade à tutela de direitos é um artifício tão antigo que nos remonta ao primitivo Direito

¹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 465.

Romano. Nesta época o corpo do devedor respondia pela sua dívida (*manus iniectio*), conforme historia Eduardo Talamini:

(...) o credor se apoderava da pessoa do devedor e mantinha-o preso por sessenta dias – prazo dentro do qual alguém poderia pagar a dívida; decorrido o prazo, o devedor tornava-se escravo do credor ou era vendido como escravo *trans Tiberim* ou era morto (e, sendo vários os credores, esquartejava-se-lhe o cadáver).²

Embora de forma cruel a ponto de permitir que o credor pudesse se apoderar da liberdade e da incolumidade física do devedor, vê-se que este mecanismo tinha clara função de intimidá-lo a cumprir o seu dever, objetivo também verificado no instituto do *pignoris capio*. Esta figura criada pelos romanos autorizava que o credor, em especial de obrigações públicas ou sacras, detivesse a prerrogativa de se apossar do bem do devedor por determinado prazo a fim de pressioná-lo ao pagamento da dívida.

A partir da *Lex Julia*, pode-se dizer que a *manus iniectio* foi substituída pela *ductio iussu praetoris*, instrumento de coerção ao adimplemento de obrigação de caráter também pessoal, no qual o magistrado autorizava o credor a levar embora o devedor e utilizá-lo em serviços próprios.

Como se vê, no direito romano clássico prevalecia a sanção corporal como método de coerção – e também de punição – para o devedor que não cumpria voluntariamente seu dever, geralmente consistente em prestação pecuniária. Em verdade, nesta época sequer falava-se em condenação e execução específica, de modo que as “Obrigações de entrega de coisa, de fazer e de não fazer convertiam-se em pecúnia, através de procedimento intitulado *arbitrium litis aestimandi*”.³

Visto isso, salienta-se que será no estudo dos interditos que veremos as raízes das atuais ações mandamentais. Neste momento histórico, denominado direito romano pós clássico, era vedada a autotutela, restando aos cidadãos recorrer aos pretores para que estes emitissem ordens (interditos) ordenando ou proibindo que se fizesse qualquer coisa.⁴

A sistemática e natureza do interdito foi objeto de estudo aprofundado por Talamini, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

³ *Ibidem*, p. 44-45.

⁴ Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo civil brasileiro : multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 26-27.

Através do interdito, o pretor expedia *ordem* a pedido de um particular para que outro particular fizesse (interdito restituitório e exhibitório) ou deixassem de fazer algo (interdito proibitório). A medida revestia-se de caráter preponderantemente *público*. Justificava-se como instrumento de manutenção da ordem pública, ainda quando voltado a disciplinar relações privadas. A cognição era sumária. Para a concessão do *interdictum*, partia-se do pressuposto de que as alegações de fato formuladas pelo requerente eram verdadeiras, através de um *juízo de verossimilhança*. Tal sumariedade impedia que o interdito concedido se tornasse definitivo. Caso não fosse cumprida a ordem nele contida – por não se entenderem presentes os pressupostos de fato em que se baseou o pretor -, instaurava-se o procedimento pela via ordinária. Daí atribuir-se-lhe caráter *condicional*. O descumprimento da ordem fazia surgir a necessidade de se investigar a existência efetiva dos motivos que deram origem à sua decretação.⁵

Nesse cenário, uma vez expedida a ordem pelo pretor era dever do réu cumpri-la. Em caso de descumprimento, historia Amaral Santos que cabia ao autor

tomar a iniciativa, chamando o adversário a comparecer *in iure*, e o provocava a uma *sponsio poenalis*, isto é, à promessa de pagar certa quantia, a título de multa, ou pena, para o caso de decisão final reconhecer a existência das condições pressupostas no interdito, ou ainda para a hipótese de não vir este a ser obedecido.⁶

Assim, pode-se dizer que o resultado do interdito era a criação de uma norma entre as partes, cujo descumprimento equivalia à violação de uma lei. Importante ressaltar ainda que “a norma originada do interdito pressupunha uma ordem para ser cumprida pelo réu, sob pena de aplicação de sanção, o que permite vislumbrar o caráter mandamental do instituto”.⁷

Por fim, registre-se que os *interdicta* inspiraram a antiga ação cominatória prevista no Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, bem como fundaram as ações mandamentais previstas em nosso atual ordenamento jurídico.

Vencido o estudo das medidas coercitivas existentes no Direito Romano, passamos à análise da história de instrumento processual que serviu e serve de inspiração para os mais diversos ordenamentos jurídicos tencionados a imprimir efetividade a tutela jurisdicional: a *astreinte* francesa.

Com efeito, embora na contemporaneidade o Direito francês tenha inspirado a criação de medidas coercitivas para garantir a tempestividade e

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 46.

⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Max Lemonad, 1973. Tomo I, p. 66.

⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 27.

efetividade da tutela jurisdicional – no caso brasileiro a multa do art. 461 do Código de Processo Civil -, vê-se que na idade moderna o pensamento vigente no sistema jurídico da França era completamente avesso a qualquer forma de coerção. Fortemente influenciado pelas idéias de libertação da pessoa das relações servis, não intervenção estatal e liberdade da propriedade individual e dos tratos envolvendo a produção e circulação de riquezas, cujo ápice foi a Revolução Francesa, o ordenamento francês desta época foi marcado pelo “banimento quase que integral das medidas coercitivas”⁸.

Em verdade, no cenário liberal sequer se admitia o prestígio a determinadas situações jurídicas a fim de lhes atribuir tutela específica. Justificando esse pensamento, anota Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo que “O Estado deveria ser neutro, prestando a todos o mesmo tipo de tutela, no que se coloca mais que perfeitamente a tutela ressarcitória”.⁹

Berço das idéias liberais, o sistema jurídico da França seguiu em busca de medidas que reproduzissem as novas diretrizes desse momento político e social, expressando em suas normas a idéia de incoercibilidade da vontade pessoal. Tanto foi assim que, conforme historia Livia Cipriano Dal Piaz, “o artigo 1.142 do Código Civil Francês estava diretamente ligado à conversão em perdas e danos acaso não cumprisse o devedor com suas as obrigações de fazer e não fazer, impedindo assim, a execução específica”.¹⁰ Desse modo, o Direito Francês consagrou a incolumidade física do devedor inadimplente. Esse contexto político-jurídico foi bem delineado por Araken de Assis, cuja lição transcreve-se:

Rompendo com as tradições do direito comum, o CC de Napoleão adotou, como princípio ideológico fundamental, a incolumidade física no terreno das obrigações. Por conseqüência, obrigando-se a pessoa a prestar obrigação somente por ela exeqüível, o art. 1142 proibiu seu constrangimento físico. É o velho *adágio nemo potest cogi ad factum*. Por conseguinte, semelhante classe de prestações não comportava execução específica, transformando-se, na hipótese de inadimplemento, na prestação substitutiva de perdas e danos. Neste mesmo sentido, o art. 880 do CC de 1917, o devedor que descumprir

⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

⁹ SEGUNDO, Lino Osvaldo Serra Sousa. O binômio conhecimento-execução e as ações de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 127, set. 2005, p. 263.

¹⁰ PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 328, fev. 2005, p. 64.

“obrigação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível”, incorre no dever de indenizar perdas e danos.¹¹

Nessa ordem de idéias, razão assiste a Guilherme Rizzo Amaral quando assevera que neste momento “se chegou a considerar a obrigação de fazer ou de não fazer como ‘juridicamente não obrigatória’, ou facultativa, podendo o devedor optar por cumpri-la ou pagar seu equivalente pecuniário”.¹²

Apesar de a doutrina francesa ter evoluído e superado esse entendimento, passando a admitir a possibilidade de o credor obter o cumprimento *in natura* das obrigações de fazer e de não fazer, “o direito positivo francês não armava o juiz de instrumentos hábeis a garantir a execução específica de suas decisões”.¹³ Nesse passo, restava ao credor conformar-se com uma indenização decorrente dos prejuízos pelo inadimplemento da obrigação pelo devedor.

Foi então no princípio do século XIX que, por iniciativa pretoriana, criou-se um mecanismo destinado a suprir esta lacuna, de modo a proporcionar ao credor a tutela específica de seus direitos. Nesse momento passou-se a utilizar a *astreinte* (do latim *ad-stringere*) como medida coercitiva destinada a pressionar o devedor ao cumprimento da decisão de um juiz independente da indenização devida por perdas e danos, instrumento que foi fortemente criticado pela doutrina francesa que o considerava *contra legem*.

Precisando este momento histórico, Eduardo Talamini registra que a primeira notícia de aplicação da *astreinte* encontra-se em julgado do Tribunal Civil de Gray, em 1811, sendo consagrada numa decisão da Corte de Cassação, em 1825, ocasião em que já se reconhecia seu caráter cominatório.¹⁴

Em verdade, apesar da inovação, poucas foram as decisões que aplicaram a *astreinte*, de modo que a medida começou a se generalizar a partir da virada do século, ocasião em que “a própria doutrina passa a reconhecer o valor prático da *astreinte* e proliferam os esforços de encontrar um fundamento legal para ela”.¹⁵

¹¹ ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <http://www.abdpc.com.br>.

¹² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 27.

¹³ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 109.

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 110/111.

Ainda assim, a aplicação da *astreinte* pela Justiça francesa foi marcada por contradições e incertezas que acabaram retrocedendo a orientação jurisprudencial dominante e desnaturando a medida, mormente no período compreendido entre os anos de 1949 a 1959. Exemplo disso foi a edição da Lei de 21.07.1949 que limitava a *astreinte* nas ações de despejo ao valor do inadimplemento do locatário.¹⁶ Em que pese esta lei ter sido criada para situações especiais, foi interpretada pela Corte de Cassação Francesa como regra geral na fixação da multa e, por conseqüência, passou a ser confundida com a indenização por perdas e danos.

Elucidando a aplicação e execução da multa nesse período, Marcelo Lima Guerra historia que

(...) em decisões proferidas entre os anos de 1949 e 1959, a *Cour de Cassation* generalizou a toda e qualquer aplicação da *astreinte* a disciplina da Lei de 21.07.1949. E mais: dessa forma, ao ser decretada, a *astreinte* poderia ter qualquer valor, porém, no momento da liquidação, necessária para que se procedesse à sua execução, o juiz deveria ater-se, estritamente, ao valor das perdas e danos decorrentes do inadimplemento do devedor.

A *astreinte* passou, assim, a equivaler, pura e simplesmente, às perdas e danos. Dessa forma, como bem compreendeu a melhor doutrina francesa, as elevadas quantias a que podia chegar a aplicação da *astreinte*, em determinado caso, eram apenas *ilusórias*. Na verdade, no momento de liquidar a *astreinte*, ao fixar a quantia a ser, concretamente, cobrada *in executivis* pela incidência naquela multa, o juiz deveria limitar essa quantia ao valor do prejuízo *realmente sofrido*, reduzindo-a, inteiramente, ao puro e simples *ressarcimento do dano*.¹⁷

Como se vê, a multa, já no início de sua aplicação, havia perdido sua natureza peculiar de coerção, sendo entendida como uma espécie de indenização adiantada das perdas e danos caso o devedor inadimplisse o comando judicial. Somente em 1959, face à resistência dos juízes de instâncias inferiores, a *Cour de Cassation* modificou seu entendimento, admitindo a fixação de um valor arbitrário para a *astreinte*, independentemente do prejuízo decorrente do inadimplemento.¹⁸

Este novo entendimento foi normatizado na Lei n. 72.626 de 5 de julho de 1972, sendo a matéria atualmente disciplinada pela Lei 91-650, de 09.06.1991 (arts. 33 a 37) e o Decreto 92-755, de 31.07.1992 (arts. 51 a 53). Objetivou-se com essas

¹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 112.

¹⁸ *Ibidem*, p. 113.

normas fulminar as incertezas e contradições até então características da aplicação da *astreinte* pelo Judiciário francês.

Em análise às referidas normas, passamos a discorrer brevemente sobre a natureza jurídica da multa, bem assim suas principais características no atual ordenamento jurídico da França.

Primeiramente, exsurge claro no atual regime o caráter coercitivo da multa, sendo que ao fixá-la o “o juiz não tomará em conta danos sofridos pelo credor, mas outros fatores como a gravidade da conduta, a capacidade de resistência e os recursos financeiros do condenado”.¹⁹ Ademais, em caso de o devedor persistir no inadimplemento, sustenta Marcelo Lima Guerra que a *astreinte* francesa “tem a natureza jurídica de uma *pena privada*, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor”.²⁰

Outrossim, a atual disciplina firmou o caráter acessório da *astreinte* em relação a uma condenação principal, de modo que, se esta for cassada, não subsiste a multa coercitiva que a ela foi atrelada. A propósito, ressalta-se que o termo inicial da *astreinte* francesa “toma em conta o descumprimento da condenação principal – e não a data do inadimplemento do dever objeto da tutela (Dec. 92-755, art. 51)”.²¹

Ademais, refere a doutrina francesa ao caráter arbitrário da *astreinte*, cujo sentido, nos dizeres de Marcelo Lima Guerra “está relacionado aos amplos poderes de que dispõe o juiz no emprego dessa medida”.²² Criticando essa terminologia, o referido autor assinala que “seja no discurso doutrinário, seja no jurisprudencial brasileiros, só é pertinente denominar de *arbitrário*, ao se referir à atividade jurisdicional, no sentido de *exercício imotivado de poder*”.²³ Na linha de raciocínio traçada por Guerra, o fato de não ser obrigatória a motivação do juiz quando fixa a *astreinte* não reveste a medida de caráter arbitrário, mas antes de discricionariedade, terminologia que entende mais adequada para caracterizar o poder do juiz.

Como manifestação da mencionada arbitrariedade do juiz, a doutrina gaulesa cita a possibilidade de fixação e execução da multa *ex officio* por ele,

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 50.

²⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 115.

²¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 50.

²² GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 117.

²³ *Ibidem*, p. 117-118

conforme dispõe o artigo 33 da Lei de 1991. No ponto, há que se recordar que se a cominação da *astreinte* for pleiteada pela parte, não está o julgador adstrito ao valor por ela sugerido, podendo inclusive fixar a multa em *quantum superior*.

Além disso, a multa reveste-se de caráter patrimonial, na medida em que, uma vez imposta, a pecúnia será revertida em favor do credor da obrigação reconhecida na condenação principal. Tal circunstância, como dito alhures, significa verdadeira *pena privada*, utilizando a terminologia adotada por Marcelo Lima Guerra. Oportuno ressaltar que este caráter da *astreinte* foi repudiado por parte da doutrina francesa, a exemplo de Roger Perrot, que assim se posicionou:

Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!²⁴

Nessa perspectiva, há forte tendência entre os juízes, avessos ao enriquecimento do credor com a aplicação da multa, de liquidarem as *astreintes* em valor reduzido, o que na concepção de alguns juristas acaba retirando a eficácia coercitiva deste instrumento processual.²⁵

Apesar das críticas e polêmicas que envolvem a aplicação das *astreintes*, o fato é que nos últimos tempos houve um crescimento significativo na sua utilização pelos juízes franceses. Segundo informa Eduardo Talamini

a medida é usada na tutela relativa a deveres obrigacionais ou não, com ou sem conteúdo patrimonial, decorrentes de convenção ou da lei (direitos de família, reais, da personalidade, autorais, de propriedade industrial; proteção contra abuso de poder econômico; adequada prestação de serviços públicos; recondução a posto de trabalho etc.).²⁶

A popularidade da medida fez com que esta fosse aplicada em outras situações, sendo criada uma nova “modalidade” de *astreinte*, cujo objetivo é compelir a parte ao cumprimento de obrigações processuais, conforme noticia Luiz Guilherme Marinoni:

²⁴ In “L’astreinte – Ses aspects nouveaux”. Gazette du Palais, vol. 111, III [1991], p. 801-807 *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 123.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 51-52.

²⁶ *Ibidem*, p. 54.

Há na França, ainda, uma interessante modalidade de *astreinte*, que é chamada de endoprocessual. Com a reforma do Código de Processo Civil francês, a *astreinte* também passou a ser utilizada como meio de coação ao adimplemento de obrigações processuais; a *astreinte* endoprocessual, segundo a doutrina, é o único meio de coerção nos casos em que a parte ou um terceiro deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova²⁷.

Em razão da almejada efetividade do processo, diversos ordenamentos jurídicos – inclusive o brasileiro - inspiraram-se no modelo da *astreinte* francesa para criarem suas medidas coercitivas judiciais, e outros, por sua vez, criaram ferramentas que, embora aparentemente semelhantes à *astreinte*, guardam distinções cruciais com esse instituto, mas que buscam o fim último de agregar coerção aos comandos judiciais.

1.2. Análise das medidas coercitivas em outros sistemas

1.2.1. A *Common Law* e o *contempt of court*

Na *Common Law*, família jurídica que inclui o sistema inglês e os que dele derivaram ou por ele foram influenciados, encontramos uma medida processual que, por vezes, é confundida com a multa coercitiva francesa: o *contempt of court*. Para a compreensão dessa ferramenta, necessário fazer breve histórico sobre sua criação e desenvolvimento no sistema da *Common Law*.

Influenciado pelo direito romano, o Direito Inglês criou a figura dos *writs* “como medidas de segurança sumárias, passíveis até de concessão liminar – claramente inspirados nos *interdicta* romanos”.²⁸ No início, para cada nova pretensão era criado um *writ* correspondente, o qual “deveria ser requerido ao Rei para que o indivíduo tivesse seu ‘caso’ julgado pelos tribunais”.²⁹

Explicando a sistemática dos *writs*, valiosa a contribuição de Marcelo Lima Guerra:

No *writ* vinha descrito o direito alegado e a violação sofrida pelo autor, além de conter os nomes das partes e outros elementos relativos ao procedimento a ser adotado. Ao se emitir e usar um *writ*, ele tornava-se um precedente para o futuro, o que permitiu estabelecer uma “rotina” na emissão de *writs*. Assim, para situações

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 168-169.

²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 83.

²⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 29.

semelhantes são concedidos writs já emitidos anteriormente – que tornavam-se *writs de cursu* –, reservando-se a elaboração de novos apenas para situações que não podiam se enquadrar em algum daqueles *writs de cursu*. Com isso, ao autor não era dado moldar seu próprio writ: ao contrário, ele devia achar uma fórmula conhecida, isto é, um *writ de cursu* no qual se enquadrasse seu caso, ou requerer que um novo *writ* fosse inventado³⁰.

No entanto, a flexibilidade característica do início da aplicação dos *writs* não perdurou na *common law*, sendo que, em meados do século XIII, o sistema se enrijeceu a ponto de não mais permitir a criação de novas medidas, persistindo apenas os *writs* já existentes. Dessa forma, o modelo albergava somente algumas pretensões e, em razão da taxatividade da *forms of actions*, outras tantas situações ficavam sem proteção da justiça por não se enquadrarem nas hipóteses preestabelecidas.

Assim, restava apenas uma única alternativa para aqueles cujas pretensões não se enquadravam nas ações típicas previstas, qual seja, “buscar o ‘perdão’ do rei através da Chancelaria, órgão composto originariamente de eclesiásticos de grande prestígio”.³¹

Elucidando o papel jurisdicional da Chancelaria, Guerra historia que

(...) a *Chancery* era apta a prestar a tutela específica das obrigações porque, atuando como corte de consciência, suas decisões vinculavam diretamente a *pessoa do réu*. Isso quer dizer que, ao se recusar a observar o que lhe determinava uma decisão do *Chancellor* (denominada *equity decree*, em contraposição aos *judgements at law*, isto é, as decisões proferidas pelos outros tribunais), era considerado em *contempt of court* e mandado para a prisão até que se decidisse a cumprir o que determinava a sentença. Dispunha a *Chancery*, portanto, de um instrumento poderoso que lhe garantia conceder a tutela específica³².

Assim, delineado o contexto em que surgiu o *contempt of court*, o referido autor define o ato como sinônimo de “desprezo à corte, ou ainda desacato ao tribunal, conduta que constitui ofensa punível de diversas maneiras”.³³

Atualmente, o *contempt of court* pode ser classificado em *civil contempt* ou *criminal contempt*. Será *civil contempt* quando objetiva coagir a parte a cumprir a obrigação (sobretudo de fazer ou não fazer) determinada numa ordem judicial, enquanto o *criminal contempt* “entra em ação nos casos de comportamentos que se

³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 81.

³¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 30.

³² GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 88.

³³ *Ibidem*, p. 72.

constituem em obstáculo à administração da justiça”.³⁴ Em ambos os casos o fundamento jurídico do poder de punir conferido ao juiz reside na própria instituição do Poder Judiciário.

Interessa-nos, nesse estudo, o *civil contempt*, na medida em que sua natureza e finalidade assemelham-se a da *astreinte*.

Com efeito, neste instituto é possível a imposição de multa e até mesmo de prisão em caso de descumprimento da obrigação fixada em ordem judicial pelo réu. Por revestir-se a medida de caráter coercitivo, o juiz dispõe de discricionariedade tanto na aplicação da pena de prisão quanto da multa, sendo que “no momento em que escolhe uma delas, tem a oportunidade de graduá-la de acordo com a gravidade que circunda a violação e o grau de resistência do réu”.³⁵

Importante destacar o procedimento no qual a parte resultará em *civil contempt*, bem sintetizado por Guerra

Dessa forma, na sua estrutura básica, o procedimento relativo ao *civil contempt* é iniciado a requerimento da parte, por uma petição na qual se faz a acusação do *contempt*, sendo o alegado *contemnor* citado para, dentro de prazo determinado, apresentar razões (*show cause*) pelas quais ele não deve ser considerado em *contempt*. Em seguida, o juiz decide, apreciando as provas que tenham sido produzidas, considerando a parte em *contempt* (se for o caso) e impondo uma sanção condicionada, a incidir no caso da parte resistir em não cumprir a ordem desobedecida. Finalmente, a sanção imposta é concretamente aplicada se o *contemnor* não cumprir a ordem judicial.³⁶

Diferente da *astreinte* que pode ser revogada a qualquer tempo, como veremos em estudo minucioso de seu regime jurídico, o *contempt of court*, por não depender do mérito do provimento final, não pode ser revogado, na medida em que “o comando passa a pertencer à própria jurisdição estatal, a fim de garantir-lhe a dignidade, independentemente da vontade do julgador que expediu a ordem ou o mandado”.³⁷

Embora os dois institutos visem à efetividade da Justiça, observa-se que, enquanto a *astreinte* objetiva imediatamente a coerção psicológica do devedor com vistas a imprimir efetividade ao direito material, o *contempt of court* visa precipuamente a preservação da dignidade da jurisdição.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 170.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 170.

³⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 105.

1.2.1.1. O *contempt of court* na experiência brasileira

Estabelecidas as fundamentais diferenças entre a *astreinte* e o *contempt of court*, o legislador brasileiro sentiu a necessidade de “acentuar a obediência aos deveres de lealdade e probidade pelas partes e por quaisquer outras pessoas que intervenham na atividade jurisdicional”³⁷ e, por meio da Lei n. 10.358 de 27 de dezembro de 2001, introduziu no Código de Processo Civil dispositivo que prevê a possibilidade de cominação de multa à parte que comete “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, sem prejuízo de outras sanções criminais, civis e processuais cabíveis (art. 14, § único do CPC), medida que alguns autores apelidaram de *contempt of court* brasileira. Dispõe ainda este artigo que o valor da multa deve ser fixado “de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa” e, caso não haja o pagamento no prazo estabelecido pelo juiz, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, “a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

Diante disso, a doutrina tratou de diferenciar a natureza e finalidade da *astreinte* e da novel multa do art. 14 do CPC, a exemplo de Daniel Amorim Assumpção Neves, cuja lição transcreve-se:

No primeiro caso, ainda estamos no terreno da prevenção, ou seja, o objetivo é que a mera ameaça da aplicação da multa convença a parte a não descumprir sua obrigação. No segundo caso, embora também a mera previsão legal possa ser entendida como uma pressão psicológica, a multa passa a ser devida após o cometimento do ato atentatório, com nítida característica punitiva.³⁹

Relativamente à natureza da decisão que comina as referidas multas, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira sustentam que “a decisão que comina a multa do art. 461, CPC, tem natureza jurisdicional, enquanto que a que comina a multa do art. 14, p. único, tem natureza administrativa”.⁴⁰ Em razão de

³⁷ SÁ, Fernando. *Astreintes e o contempt of court – eficácia e efetividade*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 375, set./out. 2004, p. 40.

³⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 197.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. A tutela específica e o princípio dispositivo: ampla possibilidade de conversão em perdas e danos por vontade do autor. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, v. 28, jul. 2005, p. 36.

⁴⁰ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 356.

seus diferentes escopos, evidente é a possibilidade de cumulação da *astreinte* com a multa do art. 14 do CPC.

O enfoque desse estudo não está relacionado com a multa do art. 14 do CPC que, diferentemente da *astreinte*, possui uma sistemática de aplicação e execução mais transparente, mas expor tão-somente sua inspiração no *contempt of court*, modelo do qual se espelhou justamente por ambicionar coibir atos desleais e ímprobos que mutilam a respeitabilidade da jurisdição. Por esses motivos, afigura-se equivocada qualquer interpretação do regime da *astreinte* que invoque características da ferramenta do *common law*.

1.2.2. Direito Alemão

A análise do ordenamento jurídico alemão deixa ver que este sistema prioriza o adimplemento específico das obrigações. Isso porque, conforme estudo de Marcelo Lima Guerra

(...) o sistema germânico baseia-se numa rígida tipologia de obrigações, que se distinguem quanto ao seu conteúdo, e de procedimentos e meios executivos, predispostos *em relação de correspondência biunívoca*, na qual a cada modalidade (ou “submodalidade”) de obrigação o legislador fez corresponder um e somente um meio executivo adequado⁴¹.

Nesse sistema, as execuções de obrigações de dar e de fazer infungível são realizadas apenas com a utilização de meios sub-rogatórios (execução direta). Por outro lado, salienta Guilherme Rizzo Amaral que “as obrigações de fazer infungíveis e as obrigações de não fazer são tuteladas tão-somente através de meios de coerção (execução indireta)”⁴².

Destaca-se entre os meios de coerção utilizados para execução indireta no sistema tedesco a *Zwangshoft* (prisão do devedor) e a *Zwangsgeld* (pena pecuniária). Com tais instrumentos em mãos, o juiz “deve aplicar em primeiro lugar a sanção pecuniária, deixando para impor a prisão quando não é possível o uso da primeira ou quando ela não surte efeitos”.⁴³ Nesse estudo, interessa-nos a segunda medida por guardar várias semelhanças com a multa coercitiva brasileira.

De partida, impõe-se ressaltar que a *Zwangsgeld*, medida prevista no § 888 da ZPO, “consiste em uma multa diária por dia de descumprimento à obrigação

⁴¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 138.

⁴² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 32.

de fazer ou por violação à obrigação de abster-se”.⁴⁴ Daí já se percebe que esta multa possui caráter eminentemente coercitivo, sendo arbitrada pelo juiz conforme o caso concreto. Seu valor aumentará indefinidamente enquanto perdurar o descumprimento pelo devedor, ressaltando-se ainda que o valor recebido a esse título independe de eventual reparação de danos advinda do inadimplemento.

Esta medida, porém, difere da multa brasileira em pelo menos dois aspectos, quais sejam, “o fato de possuir um teto fixado pela lei, o qual o valor resultante da incidência da medida não pode ultrapassar e, principalmente, o fato de este valor ser sempre revertido ao Estado, e não ao credor”.⁴⁵

1.2.3. Direito Argentino

Encontramos no *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*, especificamente em seu artigo 37, dispositivo que prevê a possibilidade de imposição de sanção pecuniária cujo objetivo é compelir as partes ao cumprimento de suas obrigações. A multa tem caráter progressivo, ou seja, aumentará enquanto persistir a resistência do réu, e seu valor será revertido em favor “del litigante perjudicado por el incumplimento” e não ao Estado. Salienta-se, ainda, que a fixação da multa considerará a situação econômica do devedor, de modo a incutir verdadeira ameaça a seu patrimônio caso opte por persistir inadimplindo a obrigação a que restou compelido.

Comentando a sistemática dessa medida, Luiz Guilherme Marinoni acrescenta que “a parte final do referido art. 37 afirma que a sanção pecuniária poderá ser deixada sem efeito, ou ser objeto de reajuste, se o réu desiste de sua resistência e justifica total ou parcialmente seu procedimento”.⁴⁶ Caso permaneça íntegra a sanção, “a decisão que a impôs funciona como título para execução por dinheiro”⁴⁷, sendo cumulável com a indenização por perdas e danos advindos do inadimplemento.

Elucidando o regime de aplicação da multa do art. 37 no Direito Argentino Eduardo Talamini salienta que

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 167.

⁴⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 143.

⁴⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 172.

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 71-72.

Em tese, a medida cominatória pode ser estabelecida para a efetivação de mandado judicial de qualquer natureza. O provimento a concretizar-se pode ser interlocutório ou definitivo; com ou sem conteúdo patrimonial; proferido em processo executivo ou como medida cautelar. Trata-se, porém, de meio “excepcional” ou “subsidiário”, no sentido de que só será empregado se não houver outro apto a gerar a realização do comando do juiz. Daí haver quem, em virtude da possibilidade de emprego de medidas executivas subrogatórias, descarte seu emprego em prol de comando que tenham por objeto o pagamento de quantia, a entrega de coisa ou um fazer fungível – ressalvadas situações excepcionais (dívida alimentar, necessidade de informação sobre onde está determinado bem...). Campo de aplicação por excelência vem a ser o dos deveres de fazer infungíveis e de não fazer.⁴⁸

Por seu turno, as obrigações de fazer fungíveis, quando descumpridas, podem ser efetivadas pelo próprio credor ou um terceiro, sendo que o custo será arcado pelo devedor.

De todo aqui exposto, conclui-se que a *astreinte*, ferramenta hoje tão utilizada no Direito Brasileiro para imprimir efetividade à tutela jurisdicional específica, não foi uma completa inovação quando introduzida no Direito Francês, senão um aperfeiçoamento de medidas coercitivas que remontam ao Direito Romano. A medida foi lapidada com o tempo, tornando-se mais adequada e consentânea com os anseios do almejado processo célere e efetivo, consagrando seu espírito de coerção e acessoriedade com a condenação principal, distante, portanto, de qualquer cunho indenizatório ou meio de enriquecimento sem causa.

Essa modalidade de multa processual, como visto, é utilizada em vários sistemas jurídicos que primam pela efetividade da tutela impressa em seus comandos judiciais. Cada um, como não poderia deixar de ser, possui certas particularidades que retratam seus valores jurídicos e sociais, porém, que trazem em seu bojo a preocupação última em conferir ao jurisdicionado uma tutela célere e útil.

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 72.

2 AS ASTREINTES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

2.1 Conceito

A partir do estudo da origem da *astreinte* na França, cuja experiência inspirou a introdução desta medida no ordenamento jurídico brasileiro, já podemos dizer que se trata de uma ferramenta vocacionada a imprimir efetividade à tutela jurisdicional, pois seu objetivo precípua é estimular o devedor a cumprir uma obrigação fixada em ordem judicial. Debruçando-se sobre as definições formuladas pela doutrina, verifica-se que estas ora exaltam a natureza jurídica da multa, ora elucidam sua finalidade. Exemplo disso é a definição de Liebman que é, em linhas gerais, uma tradução do conceito existente no direito francês, *verbis*:

Chama-se “astreinte” a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.⁴⁹

Marinoni, por sua vez, define a medida como “um meio de coerção indireta que tem por fim propiciar a efetividade das ordens de fazer e de não-fazer do juiz, sejam elas impostas na tutela antecipatória ou na sentença”.⁵⁰ Ao contrário da brevidade do conceito formulado por Marinoni, Kazuo Watanabe traz definição da medida vinculado-a aos seus elementos mais marcantes:

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem a finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação é ela devida independentemente da

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico. **Processo de Execução**. São Paulo: Bestbook, 2003, p. 280.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica : arts. 46, CPC e 84, CDC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 105-106.

existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva.⁵¹

Ao que se vê, os conceitos realçam principalmente o caráter coercitivo da medida, bem como sua independência à indenização por perdas e danos, aspectos que serão analisados detidamente nesse estudo. Por ora, importa compreender a extensão cognitiva dada pela doutrina quando utiliza o termo *astreinte* para a medida inserta no art. 461 do CPC.

2.2 Previsão legislativa da *astreinte* no Brasil

Para a compreensão da evolução legislativa da *astreinte* no Brasil, que culminou com o atual modelo previsto no art. 461, § 4º do CPC, necessário que este estudo seja acompanhado da história do desenvolvimento da tutela específica em nosso ordenamento jurídico.

Antes, necessário trazer à lume o conceito de tutela específica brilhantemente formulado por Barbosa Moreira. Para este processualista a tutela específica é o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles) em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não-violação do direito ou do interesse tutelado⁵². Por sua vez, Carreira Alvim define tutela específica como aquela que “satisfaz a prestação originalmente devida e pedida, e não qualquer sucedâneo ou medida substitutiva”.⁵³

Frise-se que a idéia de se tutelar sob uma forma especial determinadas situações – no caso brasileiro, as obrigações de fazer, não fazer e o dever jurídico de entrega de coisa – deve-se ao perfil dos conflitos judiciais modernos, influenciados por uma sociedade capitalista massificada na qual a oferta e consumo de serviços é um dos principais negócios jurídicos que impulsionam a economia. Com efeito, as relações econômicas há muito deixaram de ser baseadas na compra e venda de bens e produtos, “passando as *prestações de conduta* a serem tão

⁵¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 19, jul./set. 1996, p. 99.

⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31.

importantes economicamente quanto a transferência de patrimônio”.⁵⁴ Nessa perspectiva, o cumprimento das prestações de conduta, por depender exclusivamente da disposição do obrigado, desvelou a necessidade de se empregar mecanismos específicos que resulte no adimplemento almejado ou na obtenção do resultado prático equivalente, na hipótese de o devedor opor resistência injustificada.

Feitas estas considerações, cumpre dizer que a tutela específica relativa às obrigações de fazer, não fazer e dar delineada nos arts. 461 e 461-A do CPC – cuja redação atual deve-se às Leis nº 8.952/94 e 10.444/2002 – não é uma completa inovação no sistema processual brasileiro, senão um aperfeiçoamento dos modelos antes utilizados, cujos elementos mais relevantes serão a seguir abordados.

Relativamente à tutela das obrigações de fazer e não fazer, previa o Código de Processo Civil de 1939 a chamada “ação cominatória”, cujo objeto era “exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo” (art. 302, XII, CPC/1939). Entretanto, o dispositivo teve pouca utilidade prática, pois, como assevera Guilherme Puchalski Teixeira

muito embora representasse a enunciação de um preceito com vistas a dar cumprimento a uma obrigação de fazer, tal cominação era dotada apenas de eficácia condenatória, circunstância que prejudicava a satisfatividade da medida, dada a necessidade da prévia formação de título judicial para posterior execução, passado o trânsito em julgado da ação.⁵⁵

Além disso, havia previsão no antigo Código Instrumental de cominação de multa em caso de descumprimento da obrigação fixada na sentença cominatória (art. 302). A referida sanção objetivava compelir o devedor a fazer ou não fazer determinado ato, conforme dispunha o art. 999 do CPC/1939, *verbis*:

Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro líquida, ou ilíquida, conforme o caso.

⁵³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das Obrigações de fazer e não fazer na Reforma Processual**, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 184.

⁵⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 483.

⁵⁵ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento/execução. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 342, abr. 2006, p. 67.

Nessa conjuntura, percebe-se facilmente que os instrumentos processuais colocados à disposição pelo legislador possibilitavam coagir o devedor a cumprir seu dever. O óbice para que esse aparato cumprisse efetivamente o papel coercitivo que lhe era intrínseco foi justamente a mentalidade predominante à época que, vinculada aos comandos do direito material vigente - os quais vertiam no sentido de que todo inadimplemento deveria resolver-se em perdas e danos (art. 880 do Código Civil de 1916) - impedia que os operadores fizessem valer o cunho mandamental coercitivo emanado dos mencionados dispositivos. A orientação dominante, portanto, era de que a multa possuía natureza indenizatória, até porque o Código de 1939 nada mencionou acerca de sua finalidade, o que contribuiu decisivamente para esse entendimento.

Foi então com o advento do Código de Processo Civil em 11 de janeiro de 1973 que foram estabelecidos critérios para a cominação da multa, senão vejamos:

Art. 287. Se o credor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).

Art. 645. Na execução de obrigação de fazer e não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa diária por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Nessa sistemática, nota-se que a multa ficava condicionada a pedido expresso do autor, sendo fixada apenas quando da prolação da sentença, visto que não havia naquele aparato processual a possibilidade de antecipar os seus efeitos. Logo, este modelo estava longe de imprimir a almejada efetividade à tutela específica dada a obsolescência da primitiva redação do art. 287 do CPC, dispositivo, aliás, bastante criticado por Joel Dias Figueira Júnior, *verbis*:

Basta fazer uma leitura do dispositivo em questão para se verificar, sem maiores problemas, que a técnica de coerção utilizada (multa pecuniária) somente teria incidência após a prolação da sentença, mediante a constatação do seu descumprimento, ocasião em que o título judicial haveria ainda de ser executado nos moldes do Livro II, Título II, Capítulo III do CPC (arts. 632 e ss.)

Ora, a efetividade, a praticidade e a satisfatividade buscadas pelo autor, através de demandas cominatórias (...), frustravam-se por completo, tendo em vista ancorar-se em processo que jamais admitiu

a subversão da ordem do juízo privado por intermédio de qualquer espécie de técnica de tutela antecipatória incidental provisional (...).⁵⁶

Escancarada a ineficácia dos mecanismos criados pelo CPC de 1973 no que pertine à tutela das obrigações de fazer e não fazer, formou-se um movimento reformador que, dentre outras inovações, consagrou no art. 461 deste diploma o cumprimento específico das obrigações ou a obtenção do “resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Assim, com a reforma do CPC operada pela Lei n. 8.952/94, o art. 461 conferiu maiores poderes ao juiz na aplicação da *astreinte* e, conseqüentemente, avançou-se no sentido de imprimir celeridade e efetividade à tutela jurisdicional específica. O novel dispositivo possibilitava ao magistrado a fixação *ex officio* da multa diária, inclusive, em sede de antecipação de tutela. Com efeito, a inovação ficou por conta do § 4º deste artigo que prevê a possibilidade de aplicação da multa independente do pedido do autor seja na sentença ou em antecipação de tutela, seguindo a previsão do art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Buscando ampliar e aperfeiçoar a tutela conferida pelo art. 461 do CPC surgiu, em 2002, novo movimento que resultou na edição da Lei n. 10.444 publicada naquele mesmo ano. Em linhas gerais, a nova norma alterou o parágrafo quinto e acrescentou outro no dispositivo em questão. Com as reformas mencionadas, o atual art. 461 encontra-se assim redigido:

Art. 461 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.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor 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.

⁵⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 156-157.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

A nova ordem consagrou o modelo sincrético de ação, na medida em que dispensou a instauração de ação de execução para a efetivação do comando impresso na sentença. Em outras palavras, na tutela das obrigações de fazer, não fazer e dar, o juiz tem a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, logo, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos.⁵⁷

Além disso, patente que o legislador privilegiou a obtenção do resultado da obrigação – seja pelo cumprimento específico, seja por meio do resultado prático equivalente – relegando para segundo plano a solução indenizatória. Aliás, somente se recorrerá à indenização por perdas e danos quando o credor assim desejar ou na hipótese de ser impossível a obtenção do resultado específico ou prático equivalente (art. 461, § 1º, CPC). Autorizou-se ainda a utilização de medidas coercitivas voltadas a reforçar a executoriedade da tutela específica prevista neste dispositivo entre elas a multa que é objeto de nosso estudo.

Outra importante inovação diz respeito à previsão de imposição de mecanismos executivos de sub-rogação capazes de reproduzir o resultado específico da obrigação independentemente da vontade do réu.

À vista de todo esse aparato, já bem aperfeiçoado, o legislador sentiu a necessidade de estendê-lo às obrigações de entregar coisa, sendo que, dentre as mudanças realizadas pela Lei n. 10.444/20002, acresceu-se ao Código Instrumental o seguinte dispositivo:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na

⁵⁷ Cf. REsp 663774 / PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.10.2006.

posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Embora a sistemática atual da tutela específica tenha avançado no sentido de armar o juiz de meios aptos a tornar a ordem judicial efetiva e, por conseqüência, proporcionar uma tutela tempestiva e útil - seja pelo cumprimento específico da obrigação, seja pela obtenção do resultado prático equivalente - conclui-se que as reformas no CPC, apesar de introduzidas com louváveis objetivos, não se esmeraram em trazer elementos suficientes para a adequada operacionalização da *astreinte*, restando à doutrina e, em especial, à jurisprudência preencher as lacunas existentes nessa norma.

2.3 Execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega da coisa após a reforma implementada pela Lei n. 10.444/2002

Superado o estudo da linha evolutiva da tutela específica e da multa que a ela foi atrelada a partir da reforma de 1994, importa realçar que com o advento do art. 461 estabeleceu-se um impasse, ao menos na visão de alguns processualistas, quanto ao regime aplicável em casos objetivando o cumprimento das obrigações, visto que permaneceram vigentes as normas próprias do processo de execução, quais sejam, arts. 632/638 (execução das obrigações de fazer), arts. 644/645 (execução das obrigações de não fazer) e arts. 621/631 (execução para entrega da coisa certa e incerta).

Guilherme Puchalski Teixeira não só discorda da existência desse aparente conflito, como sustenta a harmonização da nova sistemática com o antigo regime, esclarecendo que

(...) quando em jogo prestações de fazer, não fazer ou de entregar coisa, as normas do processo executivo têm aplicabilidade somente em relação às obrigações representadas por títulos executivos extrajudiciais. O regime implantado pelo art. 461 atraiu para si a efetivação das obrigações oriundas de título judicial, reconhecidas por sentença ou decisão interlocutória (concessiva de antecipação de tutela), conforme definitivamente esclarecido pelos arts. 644 e 621 do CPC (redação dada pela Lei 10.444/02). Exceção deve ser feita, é claro, em relação às obrigações genuinamente pecuniárias, estas ainda regidas pelo Capítulo IV, Título II, Livro II, do Diploma

Processual Civil (“Da execução por quantia certa contra devedor solvente”).⁵⁸

Assim, na sistemática atual as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa somente serão executadas por meio de processo autônomo quando fundadas em título executivo extrajudicial, aplicando-se, assim, as normas já existentes do processo de execução. Entretanto, quando a pretensão fundar-se em título executivo judicial o réu será intimado para **cumprir** a decisão, não havendo, portanto, que se falar em instauração de processo de execução, citação do devedor, oposição de embargos entre outros institutos próprios do procedimento executivo, haja vista a prevalência do regime estabelecido pelo art. 461 do CPC. Tal mudança significou verdadeiro avanço no caminho da celeridade e efetividade do processo, notadamente pela eliminação da possibilidade de oposição de embargos à execução, via paralela ordinária que implicava na suspensão do processo e, conseqüentemente, no retardamento da concessão da tutela.

2.4 Natureza jurídica da multa

Traçada a linha evolutiva da *astreinte* no ordenamento jurídico brasileiro até chegar ao modelo atual, imprescindível o estudo de sua natureza jurídica para a exata compreensão da sistemática deste instituto.

Partimos do próprio texto do art. 461 do CPC para extrair a natureza da multa, saltando, à primeira vista, o seu caráter coercitivo, na medida em que sua finalidade é pressionar o devedor a cumprir uma obrigação fixada em decisão judicial, não guardando qualquer relação com os prejuízos suportados pelo credor face o inadimplemento. Tanto o é que, independente do valor que o réu pagar a título de *astreinte*, não se verá isento de arcar com os prejuízos que o descumprimento da obrigação causou na esfera patrimonial ou moral do autor.

José Carlos Barbosa Moreira, ao justificar a necessidade de imposição de uma multa com o objetivo de pressionar o réu ao cumprimento das decisões que concedem tutela específica – no caso de seu estudo, as obrigações negativas – assevera que

⁵⁸ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento/execução. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 342, abr. 2006, p. 73.

a ordem judicial de que o réu omita (ou cesse) a atividade ilícita, a fim de ter eficiência prática, precisa ser assistida da cominação da sanção (ou sanções) para o caso de descumprimento. A vontade do réu é solicitada à ação pelo benefício que ele espera conseguir; torna-se um contra-estímulo, que o induza à abstenção. O contra-estímulo há de consistir na ameaça de uma consequência desvantajosa, e será suficientemente forte, em princípio, na medida em que a desvantagem possa exceder o benefício visado. A renúncia a este, vista naturalmente pelo réu como um mal, resultará então do desejo de evitar mal maior.⁵⁹

Importa realçar que se não bem compreendido os diferentes escopos da multa e da indenização relativa ao dano, restaria sem sentido o invocado carácter coercitivo atribuído àquela. Faltar-lhe-ia, em verdade, uma condição essencial de sua eficácia, qual seja, a de compelir o devedor a cumprir o comando judicial, visto que “a indenização respeita ao prejuízo que repara, mas não previne e não faz cessar o ilícito, fonte daquele que urge secar”.⁶⁰

Ainda sobre a distinção entre o regime e função da indenização do dano e a da *astreinte*, colaciona-se o escólio de Sérgio Cruz Arenhart

Enquanto uma visa a recomposição do *status quo ante*, mediante a recomposição do patrimônio jurídico de alguém, a outra medida tem por escopo servir como instrumento para o cumprimento de ordens judiciais. De outra parte, uma é meramente potencial (no sentido de que somente se realizará no caso de inadimplemento da ordem), enquanto a outra deriva da lei, e incide imediatamente da ocorrência do dano (art. 159 do Código Civil brasileiro). Uma serve para a consecução da tutela, enquanto a outra é a própria tutela.⁶¹

Ademais, seguindo os contornos delineados pelo direito francês, a *astreinte* brasileira reveste-se de carácter acessório, uma vez que consiste numa “técnica destinada ao alcance de determinado fim, só tem razão de existir quando este fim ainda é almejado”.⁶² O realce dado a esse carácter deve-se aos efeitos que as alterações no *status* da obrigação principal ou na possibilidade de seu cumprimento podem provocar na validade e eficácia da decisão que fixa a multa, bem como na sua exigibilidade, discussão que abordaremos no capítulo seguinte.

Assim, por se tratar de uma técnica de tutela, não subsiste o comando da *astreinte* se a obrigação principal deixar de existir ou se for impossível a sua

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1980, p. 38.

⁶⁰ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra, Almedina, 1987, p. 411.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 193.

⁶² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 65.

execução específica. Portanto, é acessória da decisão judicial e dependente da possibilidade de cumprimento da obrigação principal.

Esse raciocínio, considerado majoritário na doutrina, é defendido por autores como Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr. entre outros. A corrente oposta, por sua vez, nega o caráter acessório da medida, acentuando a importância desta na confirmação da própria autoridade da decisão judicial e é encabeçada pelo processualista Joaquim Felipe Spadoni⁶³.

Além disso, a *astreinte* possui caráter patrimonial, na medida em que a ameaça é exercida sobre o patrimônio do devedor. Ao comentar essa peculiaridade da medida, Guilherme Rizzo Amaral ressalta que a coerção patrimonial não seria uma regra, ocorrendo de forma acidental, *verbis*:

Conclui-se, portanto, que o caráter patrimonial está presente nas *astreintes*, mas com a ressalva de que, antes de haver a execução da multa, a coação se dá sobre a pessoa do réu, através de ameaça contra seu patrimônio. O fato de as *astreintes* atingirem, ocasionalmente, o patrimônio do réu inadimplente é, com efeito, meramente acidental.⁶⁴

Diante do exposto, conclui-se que o estudo da natureza da *astreinte* é fundamental para visualizarmos os pilares que constituem a medida, ou seja, a multa somente deve ser aplicada se for voltada aos objetivos para o qual foi criada pelo legislador, mormente ao de agregar coerção ao comando judicial, atendendo, assim, aos reclamos de efetividade da tutela jurisdicional.

2.5 Sistemática de aplicação

2.5.1 Obrigações que autorizam a cominação da multa

Imprescindível nesse início de estudo debruçar-se sobre o campo de aplicação da *astreinte*, ou seja, as situações jurídicas em que é possível a sua cominação no comando judicial. Com efeito, essas situações foram expressamente previstas nos arts. 461 e 461-A do CPC, referindo-se o primeiro às obrigações de fazer e não fazer, conhecidas, respectivamente, como prestação positiva e negativa,

⁶³ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

⁶⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 69.

e o segundo à obrigação de dar (entrega de coisa), a qual foi incorporada ao sistema da tutela específica com a Lei n. 10.444/2002. Relativamente à obrigação de dar salienta-se que a multa é cabível tanto para a entrega de coisa certa como incerta, ou “determinada pelo gênero e quantidade” (art. 461-A, §1º, CPC).

Outrossim, cumpre ressaltar que a possibilidade de aplicação de multa cominatória não se restringe apenas às obrigações infungíveis, como sustentam alguns autores, mas, ao contrário, a medida aplica-se a todas as obrigações de fazer e não fazer, fungíveis ou infungíveis, obedecidas as peculiaridades de cada caso, à luz da hodierna corrente jurisprudencial. Isso porque, se o objetivo da multa é atuar sobre a vontade do devedor, compelindo-o a cumprir o preceito, não há razão para que não possa a sanção pecuniária ser cominada também às obrigações de fazer fungíveis, pelo só fato de poder tal obrigação ser cumprida por terceiro.

Outra questão que há muito foi considerada controvertida pela doutrina diz respeito à suposta identidade entre as obrigações de fazer e a de dar, a qual foi brilhantemente dirimida pelo mestre Clovis Bevilacqua, cuja lição transcreve-se:

Não tem razão os que negam a distinção entre as obrigações de dar e as de fazer. O conteúdo da obrigação não se confunde. Na obrigação de dar, a prestação consiste na entrega de uma coisa; na de fazer, o objeto da prestação é um acto do devedor. Além disto, nos sistemas em que a transferência de domínio não resulta da obrigação, como é o nosso direito, a obrigação de dar perfaz-se com a tradição, que, objetivando a prestação, transpõe as raias do direito obrigacional, e penetra nas do direito real, condição que não se observa nas obrigações de fazer(...)

(...)As obrigações de fazer abrangem modalidades várias de actos, sejam trabalhos manuaes, ou intellectuaes, sejam actos que interessam ao credor, sem que possam classificar-se como trabalho, porque o que nelles importa não é o desenvolvimento da actividade do devedor; são, sim, as vantagens que trazem ao credor, como quando alguém se obriga a prestar fiança a favor de outrem. O trabalho, neste caso, é insignificante; o valor do facto nasce da possibilidade que a fiança traz ao afiançado, de realizar a operação jurídica para qual era exigida essa segurança. Não é sempre necessário que o devedor cumpra, em pessoa, o que prometeu fazer. O essencial é que o facto prometido se execute pelo modo ajustado.

Mas se a pessoa do devedor foi escolhida em atenção à sua aptidão especial, à sua conhecida perícia profissional, à confiança, que soube inspirar na realização de certos actos, deve o facto ser realizado, pessoalmente, pelo devedor (...).⁶⁵

⁶⁵ BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. IV, 1938, p. 23.

À vista dos esclarecimentos feitos por Bevilaqua, tem-se como exemplo típico desta distinção a escultura do artista já exposto na galeria (dar) e aquela encomendada para ser executado (fazer).

Em relação às obrigações de não fazer, Barbosa Moreira em percuciente estudo sobre o tema, leciona que essa classe alberga casos em que alguém está obrigado: a) a não fazer alguma coisa; b) a tolerar, quer dizer, a não oferecer resistência a fato natural, à atividade de outrem, ou ao resultado desta ou daquele e, por fim, c) a permitir que outrem pratique determinado ato, para o qual é necessária a autorização do devedor.⁶⁶

Em que pese o campo de aplicação da *astreinte* ter sido expressamente previsto pelo legislador, Eduardo Talamini sugere seja feita uma leitura abrangente das hipóteses abrangidas pela técnica do art. 461 do CPC, senão vejamos:

O sistema de tutelas estabelecido a partir do art. 461 não se limita às obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer – como tem reconhecido a doutrina. Não faria sentido a lei excluir de regime de proteção mais adequado os deveres não obrigacionais. Precisamente entre estes é que se apresentavam algumas das situações mais críticas em face das deficiências do anterior regime. A confirmar que se trata de emprego do termo “obrigação” em sentido largo, basta considerar que também no art. 11 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e no art. 84 do Código do Consumidor (L. 8.078/90) – dispositivos que inspiraram a formulação do art. 461 – emprega-se “obrigação de fazer e de não fazer”. Entretanto, é indiscutível que tais diplomas têm em mira principalmente a realização de direitos sem índole obrigacional.⁶⁷

Delineadas as obrigações – e as situações jurídicas englobadas nessas prestações de conduta - em que é passível a cominação da *astreinte*, já podemos adentrar propriamente ao estudo de sua sistemática de aplicação.

2.5.2 A fixação da multa pecuniária

Na esteira dos apontamentos tecidos acerca do caráter coercitivo da multa em estudo, o qual está intimamente relacionado à efetividade do comando mandamental, compreende-se a razão da reforma operada pela Lei n. 8.952/94, quando então se abriu a possibilidade de fixação da *astreinte* independentemente do

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1980, p. 30-31.

⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 127-128.

pedido do autor (art. 461, §4º, CPC). Esse poder conferido ao juiz de fixar *ex officio* a multa é também um verdadeiro dever dele, qual seja, de valer-se de todos os mecanismos capazes de velar pela efetividade da decisão que proferir. Tanto o é que, ainda que a parte formule pedido da multa diária, o juiz não está adstrito ao valor por ela pugnado, podendo fixar *quantum* superior se assim entender adequado ao caso concreto.

Quanto ao momento da fixação da *astreinte*, prevê o Código de Processo Civil que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu” (art. 461, § 3º). Acrescenta o § 4º que “O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor”. Nestes dispositivos depreende-se que a multa poderá ser arbitrada no momento do deferimento de liminar ou na sentença. Criticando a delimitação imposta pelo legislador, Joaquim Felipe Spadoni ressalta a existência de outras ocasiões em que é também plausível o arbitramento da multa, *verbis*:

[...] estes são os momentos ideais para a imposição da multa. No entanto, pode ocorrer que o juiz conceda a medida liminar pleiteada, mas não imponha, na mesma ocasião, a multa pecuniária. Acaso se revele a recalcitrância do réu no atendimento à ordem, e revelando-se ainda possível o cumprimento específico da decisão, pode e deve o magistrado, por meio de nova decisão interlocutória, impor multa ao réu, reforçando assim a possibilidade de atendimento ao comando judicial.⁶⁸

Nesse particular, não se pode olvidar a possibilidade de cominação da *astreinte* em sede recursal, na hipótese de ser deferida tutela antecipatória ou definitiva, bem como no despacho da petição inicial no processo de execução de título executivo extrajudicial, à luz do que prevê o art. 645 do CPC. Em verdade, “as *astreintes* podem, a qualquer momento, ser fixadas, desde que presentes os requisitos para sua utilização (tipo de obrigação, possibilidade de cumprimento da mesma, adequação, necessidade, etc.)”.⁶⁹

⁶⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 492

⁶⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 106.

Estabelecidos os momentos propícios para a fixação da multa coercitiva, ressalta-se que o pressuposto para a sua imposição é o descumprimento voluntário pelo réu de obrigação a que restou compelido em decisão judicial. Neste sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior:

a exigência da multa pressupõe inadimplemento, que por sua vez reclama descumprimento voluntário ou culposo da obrigação. Assim, se a falta de cumprimento da sentença [decisão] decorre de fato alheio a vontade e diligência do devedor, ou seja, de caso fortuito ou de força maior, não caberá a aplicação efetiva das *astreintes*.⁷⁰

Portanto, antes de ser fixada a *astreinte* “precisa-se conhecer o ânimo do réu”⁷¹, de modo que se este estiver disposto a cumprir voluntariamente a obrigação determinada na ordem judicial, desnecessária se faz a imposição da multa.

No entanto, verificada situação de renitência injustificada do devedor em adimplir o que lhe foi imposto judicialmente, abre-se espaço para a aplicação da *astreinte*. Ocorre ainda que, antes de impor a multa cominatória, deve o julgador avaliar a sua utilidade, pois sempre que a medida se revelar adequada ao cumprimento do preceito, deverá o juiz cominá-la, com ou sem requerimento da parte. Do contrário, isto é, se a multa não se revela apta a produzir os efeitos desejados, deverá o juiz adotar outras medidas necessárias, inclusive força policial (§ 5º, do art. 461), para tornar efetiva a ordem.

Neste aspecto, transcreve-se pertinente comentário tecido por José Eduardo Carreira Alvim:

Se o juiz concede uma liminar antecipatória, para que um acidentado seja internado num hospital que se recusa a recebê-lo, deve adotar as providências para que a internação se faça incontinenti, pois a fixação de prazo, com cominação de multa, em tal situação, revela-se incompatível com a obrigação, não guardando peculiaridade com o caso concreto. Da mesma forma, se o juiz determina, em liminar, a inscrição de um candidato num concurso que será realizado no dia seguinte, não há como fixar prazo para o cumprimento do preceito, com a cominação de multa, porque a medida restará ineficaz com a realização do certame. Por fim, no âmbito da defesa do consumidor, nenhum juiz, ao deferir uma liminar para a retirada de um produto estragado do comércio, pensaria em fixar prazo com multa diária para o cumprimento da ordem. Em todos esses casos, é evidente que a multa não é compatível com a obrigação.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, p. 340.

⁷¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 105.

Mas, noutros casos, o que sucede é que a cominação de multa não se revela suficiente para assegurar o cumprimento do preceito. Tal pode acontecer em todos os casos em que a sanção pecuniária se revele impotente para vencer a resistência do devedor. É que, dependendo do proveito que lhe proporcione a própria inércia, pode o réu preferir pagar a multa diária a cumprir o preceito. Assim, se o juiz ordena, liminarmente, o fechamento de uma casa noturna bem localizada (onde se lava dinheiro), pode o seu proprietário preferir pagar a multa diária a cumprir o preceito, mudando seu negócio para outro lugar. A capacidade econômica do réu – seja porque possa pagá-la (é milionário), seja porque não possa (é miserável) – pode tornar a multa insuficiente para alcançar seu objetivo.⁷²

No mesmo sentido, colaciona-se pertinente crítica tecida por Araken de Assis acerca da idéia de infalibilidade da *astreintes* como medida coercitiva ao cumprimento da ordem judicial, *verbis*:

de longe, a possibilidade de ameaçar o executado com sua prisão, na hipótese de descumprimento, representa o meio mais eficiente de induzi-lo à obediência. A *astreinte* possui uma fragilidade notória, comprometendo seu emprego vitorioso em vários casos: a ela só se mostram sensíveis os executados que apresentam patrimônio penhorável, ou seja, os ricos e bem-aventurados, os que podem perder algo, incidido na pena e vindo ela a ser realizada coativamente. Frente àqueles executados desprovidos de patrimônio, a imposição da multa é inócua. Também não atua a pena, eficientemente, perante os administradores de pessoas jurídicas de direito público, sempre tentados a ignorá-la, repassando o encargo aos seus sucessores, fiados na cômoda fila de precatório. Nada obstante, a pena pecuniária é o melhor meio executório hoje disponível.⁷³

Salienta-se que a multa, por revestir-se de notável caráter coercitivo sobre a vontade do réu, não alcançará seu objetivo se este persistir na inadimplência, convertendo-se em mera desvantagem patrimonial que recai sobre o inadimplente. À vista disso, pode-se dizer que há transmutação do caráter da *astreinte* que passa a ser mera sanção pecuniária, não mais garantindo a efetividade da tutela jurisdicional específica.

Diante dessa problemática, imperiosa é a fixação da multa com base em critérios suficientemente amarrados à realidade, ou seja, que não seja

⁷² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 174-175.

⁷³ ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 46-52, 1996.

excessivamente onerosa a ponto de impossibilitar o seu pagamento pelo réu, nem irrisória que acabe por estimular a permanência do descumprimento da determinação judicial.

Relativamente ao limite do valor da multa, o artigo 461 deixa clara a possibilidade de esta exceder ao valor da prestação, artifício utilizado pelo legislador para desencorajar o devedor ao inadimplemento, na medida em que, se assim agir, poderá arcar com multa em valor que lhe acarretará demasiada desvantagem patrimonial. O fato é que o mencionado dispositivo, em seu § 4º, limita-se a estabelecer que a multa deverá ser “suficiente ou compatível com a obrigação”.

Em verdade, na falta de critérios objetivos para fixação da *astreinte* a melhor doutrina aponta a capacidade econômica do réu como parâmetro a ser observado no momento do arbitramento, o qual, conforme pondera Luiz Guilherme Marinoni, “não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo o que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido”.⁷⁴ Além da capacidade econômica do sujeito passivo da ordem, deve ser observada a capacidade deste suportar a multa, bem como “sua possibilidade de absorver o impacto da aplicação da *astreinte*”.⁷⁵ Por sua vez, Joaquim Felipe Spadoni assevera que no momento da fixação da *astreinte* deve ser analisada a natureza da obrigação, bem como “as possíveis vantagens que a parte obtém com a prática do ilícito [...], pois o interesse pelo lucro continuará a ser preponderante ao interesse pelo cumprimento da ordem judicial”⁷⁶.

Sobre a matéria, pertinente é a lição do jurista José Joaquim Calmon de Passos

Diante de tantas perguntas sem resposta ou de difícil resposta, inclino-me por entender que a multa precisa ser suficiente e compatível. Suficiente para induzir o devedor a adimplir, pelo que variará em função da capacidade econômica do devedor, mais do que em função da natureza da obrigação, mas essa correlação não pode alcançar o excesso, devendo cingir-se ao compatível. Assim, dois são os critérios a ponderar: condição financeira do devedor e expressão econômica da obrigação ou algo de caráter não-econômico que importe também valor.⁷⁷

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 176.

⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 195.

⁷⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 494.

⁷⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 62.

Acrescenta Carreira Alvim que o valor da causa poderá ser utilizado como parâmetro para a fixação da multa, “não ficando afastada a possibilidade de vir a ser arbitrada num percentual diário sobre esse valor (por exemplo, 1% sobre o valor da causa), desde que se contenha nos limites da razoabilidade”⁷⁸

O fato é que acima de parâmetros subjetivos (capacidade econômica do réu) e objetivos (natureza da obrigação, valor da causa), devem preponderar no espírito do julgador os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no momento da fixação da multa. Fabiano Carvalho exalta este dever do juiz, na medida em que, se desobedecidas estas diretrizes, sua decisão chegará a ser ilegítima, *verbis*:

As medidas de apoio, enunciadas nos §§ 4.º e 5.º do art. 461 do CPC, exigem do órgão judicial obediência a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de juízos equilibrados e respeitosos com as finalidades que presidem a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva das providências que dão sustentáculo ao cumprimento da obrigação específica.⁷⁹

Analisando detidamente o princípio da razoabilidade, valiosa a contribuição de Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, os valores vigentes em dado momento ou lugar.⁸⁰

Ainda que direcionado por princípios de caráter essencialmente subjetivos, deve o juiz revelar “os elementos informadores do valor atribuído à multa (dever de motivação – CF, art. 93, inc. IX; CPC, arts. 131 e 458, inc. II)”⁸¹, conforme bem observou Luis Guilherme Aidar Bondioli. Em outras palavras, pode-se dizer que

⁷⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.*, p. 119.

⁷⁹ CARVALHO, Fabiano. Tutela específica. Multa diária. Proporcionalidade. Termos *a quo* e *ad quem*. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 146, abr. 2007, p. 300.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

o momento de fixação do valor da *astreinte* não é propício para atuação arbitrária ou discricionária do juiz.

Ainda assim, observa-se que essa notável liberdade conferida ao juiz no momento da fixação da *astreinte* – equalizada diante da ausência de parâmetros concretos para sua quantificação - torna a medida alvo de discussões judiciais que, por vezes, sustentam a possibilidade de execução de vultosas quantias e, por outras, reduzem-nas significativamente sob a justificativa de que estariam causando o enriquecimento sem causa do credor e/ou por ultrapassar o valor da obrigação principal.

Nesse aspecto, fácil encontrar decisões que, dissociadas dos princípios que norteiam a aplicação da multa, autorizam situações que o descumprimento do réu passa a ser um bom investimento para o autor a ponto de este batalhar mais para receber o valor da multa do que para ver a obrigação originalmente pleiteada cumprida. Tal situação decorre do incremento da multa com o passar do tempo, na medida em que quando fixada, também o é sua periodicidade que, em regra, é diária (art. 461, §4º, CPC). Pode o juiz, no entanto, adotar outra periodicidade para a incidência da multa (por hora, minuto e etc.) que se lhe afigurar mais eficaz para o caso concreto, pois é a flexibilidade dessa medida que garante sua eficiência nas mais diversas hipóteses de incidência.

Sobre o tema, a doutrina é firme ao sustentar que a multa não pode gerar uma devastação no patrimônio do devedor, de modo que a correlação entre a capacidade econômica do devedor e a multa não pode alcançar o excesso. Por sua vez, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery parecem não ver problemas na fixação de valor exacerbado a título de *astreinte*, *verbis*:

A fixação (*da multa*) em valor elevado ocorre justamente porque a multa tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação de forma específica e inibi-lo de negar-se a cumpri-la. Essa multa não é pena, mas providência inibitória. Daí por que pode e deve ser fixada em valor elevado.⁸²

A divergência quanto às diretrizes a serem seguidas no momento de fixação do valor da *astreinte*, sintetizada na difícil harmonização dos preceitos que a

⁸¹ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. A multa atrelada à tutela específica no CPC (arts. 461 e afins). **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n, 350, dez.2006, p. 140-141.

⁸² JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 858.

regem – isto é, o de não esvair a eficácia da medida, mas também de não proporcionar um enriquecimento sem causa ao credor da multa - atrai outro dissenso relativo a titularidade do crédito derivado da medida, que será tratado pormenorizadamente no capítulo seguinte.

Em verdade, embora muito se discuta acerca dos parâmetros que devem nortear o magistrado no momento da fixação da *astreinte*, recorda-se que este tem ainda a faculdade de, a qualquer momento do processo – inclusive em sede de execução do crédito resultante da multa -, alterar esse valor assim como sua periodicidade quando verificar que a medida tornou-se insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, CPC). Frise-se que nem mesmo o trânsito em julgado da sentença de procedência que tenha fixado a multa coercitiva impede sua posterior modificação na fase de execução, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. ASTREINTES. EXECUÇÃO. ALTERAÇÃO DE VALOR ABSURDO. COISA JULGADA. OFENSA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. (STJ, AgRg no Ag 745631/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 08.04.2007).

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Havendo descabimento na cominação de astreintes ou a desfiguração destas, por estratégia dos beneficiários, em fonte de locupletamento ilícito, com conseqüente fuga de finalidade, possível se afigura ao juiz revisar a incidência, a periodicidade ou a intensidade da multa (art. 461, § 6º, CPC) na própria fase de cumprimento de sentença. As astreintes não integram o rol das questões decididas (art. 468, CPC), não fazendo coisa julgada e não impedindo, em tais casos, o revolvimento do comando as fixando [...] (TJSC, AI n. 2007.023257-4, da Capital, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 23.10.2007).

Além disso, há que se ter bem claro os termos inicial e final da multa para que não parem dúvidas no momento de sua execução. Assim, tem-se que, uma vez fixado o prazo na decisão para o cumprimento da obrigação pelo devedor, a multa passa incidir quando vencido este lapso, deixando de ser devida no momento em que for cumprida a ordem ou embolsado pelo credor o *quantum* concernente às perdas e danos. Sobre o tema, precisa a lição de José Carlos Barbosa Moreira

Continuando inadimplente o devedor, a multa começa a incidir desde o dia fixado. Não existe limite para a incidência: a cada dia que passa, eleva-se o montante da multa, até que seja praticado o ato, ou cesse de o ser, ou se desfaça o que foi feito, conforme o caso; ou

então, se resolvida a obrigação em perdas e danos, até que o credor embolse o respectivo *quantum*, como equivalente pecuniário da prestação originariamente devida.⁸³

Relativamente ao tempo de incidência da *astreinte*, José Ignacio Botelho de Mesquita traz pertinente contribuição ao sustentar que a multa deve ser interrompida no caso de o credor quedar-se inerte quanto ao pedido de execução desta, posto que a multa não deve se transformar em uma poupança na qual o curso do tempo acabe por ser o seu maior interesse na demanda, *verbis*:

O que nos parece é que, nesta eventualidade, as *astreints* deverão vigorar apenas pelo tempo necessário a serem postas em prática outras medidas de apoio. Ou seja, a multa diária começa a ser devida na data do termo final do prazo concedido ao devedor para cumprir a ordem judicial e deixa de ser devida na data em que, mediante outras medidas de apoio, se obtiver o “resultado prático equivalente”.

Se, vencido o prazo concedido ao réu para dar cumprimento à ordem judicial, não requerer o autor a execução das medidas de apoio, pela demora deste é evidente que não responderá o réu. A incidência da multa interromper-se-á durante todo o tempo que durar a inércia do requerente. Incidirá o velho princípio de que a ninguém aproveita a própria torpeza.⁸⁴

Importa realçar ainda as hipóteses que autorizam a revogação da multa, quais sejam, quando o magistrado verificar que a medida não é mais instrumento apto a incutir ameaça ao devedor – por exemplo, quando constatado o seu estado de insolvência – ou no caso de consumação definitiva do ato coagido. Isso porque “não havendo mais ato a ser coagido, não sendo mais possível o seu cumprimento, não há mais razão que justifique a incidência da multa cominatória”.⁸⁵ Ainda que extinta a medida, o devedor continua obrigado a pagar os valores relativos à multa que incidiu até a data de sua revogação.

Outro tema importante no trato da *astreinte* refere-se à possibilidade de fixação de multa progressiva segundo a resistência oferecida ao cumprimento da ordem. Com efeito, no momento da fixação da multa, o magistrado não tem noção precisa da capacidade de resistência do réu, logo, arbitra-a inicialmente com base

⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 23ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 220.

⁸⁴ MESQUITA, José Ignacio Botelho de et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreints*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 338, dez. 2005, p. 36.

⁸⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 498.

nos elementos constantes no processo, quais sejam, a capacidade econômica deste, a natureza da obrigação, entre outros já elencados nesse estudo. Não raro ocorre que, no curso do processo o magistrado – tendo então maior conhecimento dos fatos e interesses envolvidos na demanda – vislumbra o equívoco cometido na fixação do valor e/ou periodicidade da multa face a notável capacidade de resistência do réu, de modo que a medida acaba tornando-se inócua para seu objetivo primordial, qual seja, de exercer coação insuportável sobre este, compelindo-o ao cumprimento da ordem judicial.

Por essa razão, a fixação de multa progressiva revela, nos dizeres de Guilherme Rizzo Amaral, “uma postura pró-ativa por parte do magistrado, já antevendo a possibilidade de equívoco (justificável ou não) na fixação do valor ou periodicidade inicial da multa”⁸⁶, o que, evidentemente, aumenta a probabilidade de sucesso dessa ferramenta já no início do processo.

Embora a possibilidade de fixação da *astreinte* em caráter progressivo não esteja expressamente prevista no art. 461 do CPC, a doutrina é tranqüila em admiti-la. Sérgio Cruz Arenhart assevera que essa maleabilidade da medida contribui decisivamente para sua eficácia, fundado na premissa de que se a intenção do legislador foi impor o receio ao devedor, “é certo que a ameaça de que a imposição da multa aumente com o decurso do tempo de inadimplemento é muito mais eficaz que a estipulação fixa do montante da *astreinte*”.⁸⁷

Nesse sentido, a lição de Marinoni:

O fato de o art. 644 autorizar o “juiz da execução” a modificar o valor da multa, quando esse se tornar insuficiente ou excessivo, não proíbe que o juiz, na sentença ou mesmo na tutela antecipatória, fixe o valor da multa na forma progressiva. Dada a finalidade da multa e a possibilidade – que é inerente a sua utilização – de o devedor resistir à pressão que ela tem por fim exercer, é até mesmo aconselhável que o juiz fixe uma multa que aumente progressivamente com o passar do tempo. O fluir do tempo sem o adimplemento do réu evidencia sua capacidade de resistência, e se o objetivo da multa é justamente quebrar esse poder de resistir, nada mais natural do que sua fixação em caráter progressivo.⁸⁸

Por fim, cumpre ressaltar que tanto o valor da multa como sua periodicidade podem ser fixados de forma progressiva desde que atendam à dinâmica do processo e às suas circunstâncias determinantes.

⁸⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 152.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 197.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 176-177.

2.6 As obrigações de cunho instantâneo e a chamada “multa fixa”

Discorreu-se até aqui sobre a multa de periodicidade diária ou por qualquer outra unidade de tempo para a tutela da obrigação de fazer ou não fazer cuja violação não se exaure em um único momento. Há casos, porém, em que a violação ao direito ocorre de forma instantânea (ex.: dever de realizar um show num evento específico ou dever de não demolir edifício de valor histórico), de modo que não há sentido na cominação da multa por dia de descumprimento, “pois ou ocorre o cumprimento do dever de fazer, na exata ocasião em que haveria de ocorrer, ou torna-se, de imediato, impossível o resultado específico”.⁸⁹

Bem a propósito, colhe-se da doutrina de Marinoni:

A multa na forma diária não é adequada para evitar violações de natureza instantânea; quando se teme, por exemplo, que alguém pratique um ato ilícito ou mesmo volte a praticá-lo, não é adequado pensar em uma multa que passará a ter o seu valor aumentado após a prática do ato contrário ao direito. A incidência da multa em momento posterior ao do ilícito de eficácia instantânea não tem, como é evidente, o poder de inibir sua prática.⁹⁰

Para tais hipóteses é que foi criada uma “nova modalidade” de *astreinte*, de caráter preventivo, a qual possui valor fixo e incide somente uma vez. Em razão da incidência única, a multa deve ser fixada em montante significativo que seja apto, por si só, a desestimular o inadimplemento da obrigação.

Feitas essas considerações, assinala-se o posicionamento de alguns doutrinadores no sentido de que a multa diária e a “fixa” são essencialmente diversas, a exemplo de Teori Albino Zavascki, *verbis*:

A multa diária é mecanismo que induz prestação de obrigação já violada; a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada de violação. Embora se tratem, ambas, de meio de coerção patrimonial, as duas espécies de multa são instrumentos executórios substancialmente diferentes, seja quanto ao seu valor, seja quanto ao modo de atuar. Figure-se, como exemplo, a hipótese de atleta obrigado a não participar de determinada competição esportiva e que ameaça fazê-lo. A multa adequada a induzir o

⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 242.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2001, p. 107.

⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 144.

comportamento devido será, não a multa 'diária', mas a de valor fixo, que, em caso de antecipação de tutela, há de ser cominada invocando-se o §5º, do art. 461, e não o §4º.⁹¹

Em sentido oposto, Eduardo Talamini assevera que, apesar da diferença do objeto de tutela da multa diária e "fixa", trata-se, em verdade, do mesmo instrumento coercitivo, de modo que ambas encontram amparo no art. 461, §4º, do CPC.⁹²

Independente da divergência delineada neste particular, conclui-se que a multa fixa é, juntamente com a multa diária, importante ferramenta no sentido de coibir o descumprimento a obrigações de cunho instantâneo, ampliando, destarte, o rol de instrumentos colocados a disposição do juiz para que seu comando seja tempestivo e efetivo.

⁹² TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 243.

3 EXIGIBILIDADE E EXECUÇÃO DA *ASTREINTE* NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

3.1 Considerações iniciais

A atividade jurisdicional, na esteira de atividade estatal que é, orienta-se no sentido de se obter o máximo de resultado, com o menor custo, razão de ser o processo norteado pelo princípio da efetividade, que na lição de *Chiovenda*, significa que “o processo deve dar, no que é possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter”.⁹³

O processo não é um fim em si mesmo, mas meio de se obter o pleno alcance do direito material em litígio, assegurando a quem tem direito uma situação jurídica igual à que deveria ter se derivado do cumprimento espontâneo da obrigação. É bem verdade que os atos processuais estão sujeitos à estrita observância da forma, porém não se pode conceber que a forma distancie o processo do objetivo primordial de sua existência: o atendimento célere e útil do direito material reclamado.

Nesse cenário, a criação da *astreinte* como técnica de coerção indireta significou um grande avanço no sentido de estimular o cumprimento das ordens judiciais e, por conseqüência, conferir tempestividade e efetividade à tutela jurisdicional específica. No entanto, por carecer justamente de regulamentação acerca de questões essenciais à sua adequada operacionalização, a multa, não raro, tem sido distorcida pela jurisprudência, mormente quanto ao seu valor (problemática já estudada neste trabalho) como também quanto ao momento de sua cobrança e a forma de execução do crédito dela decorrente, circunstâncias de extrema importância por envolverem justamente a eficácia do instituto, cujos pontos mais controvertidos serão neste capítulo abordados pormenorizadamente.

Antes, porém, abordaremos discussão recorrente na doutrina e jurisprudência relativa à legitimidade para execução do crédito derivado da *astreinte*,

para então, num segundo momento, passarmos ao estudo do momento da exigibilidade e execução desse crédito, considerados os diferentes comandos judiciais que podem emanar a referida medida.

3.2 Titularidade do crédito decorrente da *astreinte* e legitimidade para sua execução

De início, registre-se que, em se tratando de ação coletiva, o crédito derivada da multa é destinado aos “fundos”, à luz do que prescrevem os artigos 13 da Lei 7.347/85 e 214 da Lei 8.069/90.

A seu turno, a titularidade desse crédito em ações de caráter individual não está prevista no art. 461 do CPC ou em outra legislação processual civil extravagante. Apesar da omissão do legislador, doutrina e jurisprudência são unânimes no sentido de que, nessas hipóteses, a *astreinte* deve ser revertida em benefício do autor.

Embora o entendimento seja uníssono, muito se questionou acerca da suposta incoerência entre o caráter público da multa e a circunstância de o crédito que dela se origina ser destinado ao autor e não ao Estado. A respeito, Spadoni sustenta que

Ao reconhecer na imposição da multa cominatória uma medida de direito público, de caráter processual, destinada a assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar qualquer fundamento lógico jurídico que justifique ter a parte contrária direito a receber a importância decorrente da aplicação da multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.⁹⁴

A seu turno, Guilherme Rizzo Amaral assevera que a reversão do crédito decorrente da multa ao credor desvela um conflito entre princípios presentes quando da aplicação dessa medida, assim sintetizado:

Se, por um lado, o juiz deve observar o princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais, conferindo caráter coercitivo à multa (com todos os seus consectários, dentre eles, a total desvinculação com o

⁹³ “...il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contrato preliminaré” In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110).

⁹⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 504.

valor da obrigação principal declarada), por outro, tem o juiz a limitação do princípio que veda o enriquecimento injusto, de quem quer que seja (inclusive do autor).⁹⁵

O posicionamento do referido autor é calcado na premissa de que se para garantir a efetividade da multa é necessário fixá-la conforme as condições econômicas do devedor, de modo que “quanto mais rico, maior o valor”⁹⁶, como harmonizá-la com o preceito da vedação do enriquecimento sem causa do credor? Amaral formula esse questionamento quando se depara com situações em que, por exemplo, cominada multa contra empresa de grande porte (cujo poderio econômico permite arcar com vultosa quantia a esse título) o beneficiário do crédito acabe enriquecendo às custas do inadimplemento do devedor, desatendendo à vedação anteriormente exposta. Por outro lado, caso a multa seja fixada em importe destoante das condições econômicas dessa empresa é certo que não incutirá ameaça a seu patrimônio, logo, não proporcionará de forma efetiva o almejado adimplemento da obrigação.

Para Amaral, a sistemática atual não possui meios de superar essa antinomia. Por esse motivo, alguns autores sustentam que o crédito resultante da incidência da *astreinte* deveria ser revertido ao Estado, à luz do modelo existente no sistema alemão (§ 888 do ZPO). Ocorre que o simples abandono da sistemática brasileira com a adoção do modelo tedesco causaria outros problemas que comprometeria a eficácia da medida, conforme pertinente crítica tecida por Marcelo Lima Guerra, *verbis*:

Contudo, a adoção dessa sistemática no direito brasileiro, sem uma expressa disciplina legal, revela-se problemática e com a possibilidade de comprometer seriamente a eficácia da multa diária, em razão das implicações dessa solução com a questão da legitimidade *ad causam* para a execução da multa.

É que, não sendo o credor o beneficiário da multa, não seria dele, e sim do Estado, a legitimidade *ad causam* para a cobrança *in executivis* da quantia devida com a aplicação daquela medida. [...] Dessa forma, a eficácia coercitiva da multa diária poderia ficar seriamente comprometida, em virtude de sua atuação concreta ficar a depender da iniciativa de órgãos públicos, com os conhecidos problemas de excesso de trabalho e entrave burocrático.⁹⁷

⁹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 196.

⁹⁶ ASSIS, Araken de. **Execução Civil nos juzados especiais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 84.

⁹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 208-209.

Por esse motivo é que Talamini defende que o autor da demanda deve mesmo ser o titular do crédito derivado da *astreinte*, o qual poderá executá-lo a qualquer tempo e quantas vezes for necessário até o cumprimento da obrigação, justamente porque é o principal interessado neste acontecimento. Essa circunstância, na concepção do referido autor, contribui decisivamente para a eficiência da função coercitiva desta ferramenta, *verbis*:

Primeiro, a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido. (Note-se que, para tanto, a simples atribuição de legitimidade extraordinária para o autor executar a multa, caso essa fosse destinada ao Estado, não bastaria.)

Em segundo lugar, sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário. O demandante pode abrir mão, total ou parcialmente, de receber o montante decorrente da multa, em transação cuja contrapartida seja o cumprimento pelo réu do dever de fazer ou de não fazer (pressupondo-se, evidentemente, ainda haver possibilidade do resultado específico). Já se o beneficiário da multa fosse o Estado ou um fundo público, a disponibilidade de tal crédito pelo autor, para fins de transação, seria, no mínimo, objeto de intensa discussão.⁹⁸

De outro lado, interessante a sugestão de Guerra para solucionar a antinomia em debate: dividir o montante decorrente da *astreinte* entre o Estado e o autor da ação, mantendo a legitimidade deste para promover a execução desta quantia⁹⁹. A proposta de Guerra é vedar o enriquecimento sem causa do autor ainda que o crédito derivado da multa resulte em vultosa quantia, cuja cobrança, nesse exato montante, fizera-se necessária para tornar compatível a ameaça com as condições financeiras do obrigado.

Evidente que a discussão aqui exposta não se esgota nessas breves linhas, pois que, de fato, não há ainda, na prática, uma solução para o conflito existente entre os princípios que norteiam a aplicação da *astreinte* de forma a harmonizá-los e evitar possíveis distorções da medida.

3.3 Os requisitos do título para a execução por quantia certa: liquidez, certeza e exigibilidade

⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 264-265.

⁹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 210.

Em linha de princípio, diz-se que a execução consiste no conjunto de atos coordenados cujo objetivo é compelir o devedor a cumprir uma exigência judicial ou uma obrigação assumida. Nessa esteira, existindo a condenação de multa diária é facultado ao credor (seja o Estado ou um particular) exigí-la por meio do procedimento de execução por quantia certa. Para tanto, o credor deve estar na posse de um título executivo que preencha os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade, à luz do que dispõe o art. 586 do CPC.

Nessa ordem de idéias, tem-se que a certeza está relacionada à existência do crédito. Nos dizeres de Fabiano Carvalho, restará preenchido este requisito “quando o juiz fixa prazo para o cumprimento da decisão judicial, cumulando a sanção de multa para a hipótese de descumprimento, aliado ao inadimplemento do devedor”.¹⁰⁰ Na concepção de Guilherme Rizzo Amaral, a certeza do título será verificada quando constar na decisão: (I) os nomes do credor e devedor da *astreinte*, (II) o termo inicial e final de incidência da multa e (III) a sua representação por pecúnia, correspondente ao período de incidência.¹⁰¹

A propósito, interessante a posicionamento de Marcelo Lima Guerra, para quem é desnecessária a prova do descumprimento da decisão judicial pelo réu como condicionante à execução do crédito advindo da *astreinte* que a ela foi atrelada. Diz o referido o autor que o inadimplemento é “requisito externo e indiferente ao processo de execução”¹⁰², situando-se no plano do direito material. Nesse cenário, entende-se que seria dever do réu comprovar, em embargos à execução, eventual excesso de execução – no caso de o adimplemento ter se dado tardiamente, mas em data anterior àquela consignada na execução - ou a inexigibilidade do título por ter cumprido a ordem judicial dentro do prazo nela fixado.

Contrariamente a essa posição, Humberto Theodoro Júnior elenca a demonstração do inadimplemento do devedor como requisito à execução da multa, *verbis*:

a *astreinte* é uma condenação condicional, a termo, de valor variável. Para exigí-la, pela via da execução forçada, torna-se necessário

¹⁰⁰ CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (*astreintes*) prevista no art. 461 do CPC. Revista de Processo. São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004, p. 214.

¹⁰¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 210-211.

¹⁰² GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 211.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Medida cautelar. Multa diária. Exeqüibilidade. *RePro*, n. 96, p. 211.

demonstrar que a obrigação de fazer ou não fazer a que se cominou a pena não foi cumprida pelo devedor, quanto durou o inadimplemento e qual o valor que a multa assumiu.¹⁰³

No que concerne à liquidez, verifica-se que este é o requisito de menor dificuldade no trato da execução do crédito derivado da *astreinte*. Para apuração deste crédito basta multiplicar o número de dias que intermediaram o termo inicial e final da multa com o valor unitário desta. Assim, acertada a conclusão de Eduardo Talamini no sentido de que “a determinação do valor exato do crédito decorrente da incidência da multa depende de mero cálculo aritmético”¹⁰⁴, daí porque o credor deverá apresentar memória discriminada e atualizada do valor de seu crédito. Vale lembrar ainda que, enquanto o *dies a quo* deve ser estabelecido na decisão que comina a ordem ao devedor, o *dies ad quem* “será apurado em função do efetivo cumprimento da determinação judicial ou da conversão da obrigação em perdas e danos”.¹⁰⁵

Relativamente à exigibilidade, assinala-se que este requisito pressupõe a certeza do direito ou, como ensina Teori Albino Zavascki, “para ser exigível a prestação supõe-se (a) que exista direito subjetivo a havê-la e (b) que o dever de prestá-la seja atual, e não futuro”.¹⁰⁶ A exigibilidade da *astreinte*, por ser recorrente objeto de dissenso doutrinário e jurisprudencial, será analisada de forma minuciosa no item seguinte, assim como sua forma de execução.

3.4 A exigibilidade da *astreinte* e sua execução provisória ou definitiva: uma análise do sistema à luz da efetividade da tutela jurisdicional

Não há dúvidas de que a exigibilidade da *astreinte* é o ponto que mais gera controvérsia no cenário jurídico, posto que não foi objeto de regulamentação pela legislação processual civil, de modo que os Tribunais é que vem ditando o momento propício para a cobrança da multa. Nesse estudo, analisaremos primeiramente a exigibilidade da multa quando esta é fixada em processo de

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 256.

¹⁰⁵ CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (*astreintes*) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004, p. 214.

¹⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8, p. 243.

conhecimento (decisões interlocutórias, sentença ou acórdãos), tendo em conta o que dispõe o art. 461, §4º, do CPC, e, após, o momento de cobrança na hipótese de a *astreinte* ter sido fixada no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial (art. 645, *caput*, CPC).

Em processo de conhecimento, a divergência instaurada centra-se na suposta necessidade (ou não) de se aguardar o trânsito em julgado da decisão que comina a multa para ser exigível o crédito dela decorrente, ou, pelo menos, a necessidade de se aguardar a preclusão dessa decisão, relevo próprio para discussão sobre a segurança e eficácia do instituto em cada uma das hipóteses. Nestes casos, observa-se ainda outra divergência no que se refere ao caráter do procedimento executivo da multa: se definitivo ou provisório.

Antes de adentrarmos no estudo das questões controvertidas relacionadas à exigibilidade da *astreinte*, impõe-se distinguir a execução definitiva da provisória para melhor compreensão dos posicionamentos que serão a seguir expostos. A distinção das espécies de execução é feita pelo Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

Feita essa anotação, registre-se que os Tribunais têm divergido sobre o momento da exigibilidade do crédito derivado da multa. Para dimensionar esse dissenso, colhe-se primeiramente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual estabelece, como requisito à cobrança da *astreinte* fixada em liminar, sua ratificação por ocasião da sentença de mérito transitada em julgado, caso seja ela de procedência dos pedidos iniciais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA DIÁRIA - ASTREINTES - EXIGIBILIDADE SÓ COM SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. As 'astreintes', como são comumente denominadas no meio jurídico, consistem no artifício técnico destinado a compelir o devedor a fazer ou deixar de fazer algo que somente ele pode. Trata-se, pois, de instrumento jurídico-processual que visa o cumprimento de uma ordem judicial, naqueles casos que é impossível a sub-rogação judicial, por não existir forma de o Poder Judiciário substituir a vontade do devedor da obrigação de fazer ou não fazer.É

descabida a Execução Provisória do valor para pagamento da penalidade, posto que a multa diária, por razões óbvias de segurança jurídica, somente se torna exigível com a ratificação da liminar operada por ocasião da sentença de mérito passada em julgado, caso seja ela de procedência dos pedidos iniciais. A Execução da multa diária cominada em decisão interlocutória depende de título executivo que somente restará constituído na sentença, se esta eventualmente confirmar a decisão interlocutória que cominou a multa para o caso de desobediência da ordem judicial, o que leva à conclusão da impossibilidade da execução provisória, concluindo-se pela extinção da execução ajuizada. A multa por descumprimento de ordem judicial deve ser suficiente para exercer seu papel coercitivo, mas sem promover o enriquecimento ilícito da parte. (TJMG, Agravo de Instrumento n. 1.0024.07.391311-3/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. em 14.05.2008)

Em sentido diametralmente oposto, o Sodalício Catarinense vem firmando entendimento pela dispensabilidade do trânsito em julgado da decisão para que seja exigível o crédito resultante da *astreinte*, cabendo, nessa hipótese, a execução provisória do título judicial, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DO DEVEDOR - EXPROPRIATÓRIA FUNDADA EM INTERLOCUTÓRIA QUE ANTECIPOU A TUTELA E FIXOU MULTA DIÁRIA ANTE O DESCUMPRIMENTO DE ORDEM VOLTADA AO DESBLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO - SENTENÇA ACOLHENDO O PEDIDO PARA EXTINGUIR A EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA DO CREDOR - DECISÃO LIMINAR QUE DEFERE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, PREVENDO MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO - TÍTULO JUDICIAL HÁBIL A LASTREAR EXECUÇÃO PROVISÓRIA - DESNECESSIDADE DE AGUARDAMENTO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DEFINITIVA PARA A EXIGIBILIDADE DAS ASTREINTES - ENTENDIMENTO CONTRÁRIO QUE TORNA INÓCUO O INSTITUTO PREVISTO NO ART. 273 DO CPC, CEIFANDO DO JUÍZO A POSSIBILIDADE DE APLICAR AS MEDIDAS DE APOIO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELOS ARTS. 273, § 3º C/C. 461, §4º, DO CPC - ORIENTAÇÃO VOLTADA A CONFERIR MAIOR EFICÁCIA AOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS - PREVENÇÃO, ADEMAIS, DE EVENTUAIS PREJUÍZOS OCASIONADOS AO RÉU EM VIRTUDE DE EVENTUAL REVERSÃO DA MEDIDA LIMINAR, ANTE A ADOÇÃO DA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA, QUE CONDICIONA O LEVANTAMENTO DA QUANTIA À CAUÇÃO IDÔNEA A SER PRESTADA PELO CREDOR - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA AFASTAR A CAUSA DE EXTINÇÃO DA EXPROPRIATÓRIA. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.050486-0, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Julgado em 24.07.2008)

Delineada a divergência instaurada nos Tribunais Estaduais, importa realçar o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte que tem abonado a tese de exigibilidade imediata da *astreinte*:

FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO.
DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RELIGAMENTO.
DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. EXECUÇÃO.
POSSIBILIDADE.

I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que manteve decisão interlocutória que determina a imediata execução de multa diária pelo descumprimento da ordem Judicial.

II - Considerando-se que a "(...) função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.

III - "Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais" (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed, pág. 654).

IV - A hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial.

V - Recurso especial improvido. (STJ, REsp 885737/SE, Rel. Francisco Falcão, j. 27.02.2007, DJ 12/04/2007 p. 246).

Se na jurisprudência a discussão está longe de um desfecho, na doutrina a situação não é diferente.

De partida, registre-se a posição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a *astreinte* somente é exigível após o trânsito em julgado da decisão, ao argumento de que "enquanto houver incertezas quanto à palavra final do Poder Judiciário sobre a obrigação principal, a própria antecipação poderá ser revogada e, com ela, as astreintes"¹⁰⁷.

Essa corrente doutrinária, defendida também por Arruda Alvim¹⁰⁸, Marinoni e Carlyle Pop¹⁰⁹, está atrelada ao princípio da segurança jurídica, rejeitando a hipótese de execução imediata da multa, haja vista a possibilidade de

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240.

¹⁰⁸ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda e outro. **Código do consumidor comentado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 402.

¹⁰⁹ POP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 128.

que a modificação da decisão final influencie a obrigação cujo cumprimento foi imposto sob a força da *astreinte*. No ponto, Marinoni ressalta que, em sendo o objetivo da multa garantir a efetividade das ordens do juiz, tal se dará com a imposição da multa, “pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa”.¹¹⁰

Por sua vez, José Ignacio Botelho de Mesquita entende ser desnecessária a preocupação dos processualistas no que se refere aos riscos advindos da imediata exigibilidade da multa, amparado na premissa de que

O risco da cobrança indevida das *astreints* equipara-se ao risco inerente à execução de antecipação de tutela que não seja confirmada pela sentença de mérito. Por outro lado, o sistema equilibra tais riscos por meio da sujeição ao regime da execução provisória.¹¹¹

Traçado este comparativo com a execução da tutela antecipada, o mesmo autor reforça sua tese com base na análise das outras medidas incorporadas ao CPC com o fito de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação:

Outrossim, é oportuno lembrar que o artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil coloca, ao lado da multa periódica, outros instrumentos que objetivam igualmente compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Não há dúvidas, porém, de que todos eles (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, etc.) podem ser efetivados desde logo, de modo que não se há de dar tratamento distinto às *astreints*.¹¹²

A divergência delineada neste particular deve-se também à discussão sobre a possibilidade de serem aplicados dispositivos de leis especiais na interpretação das normas processuais relativas à *astreinte*. Para alguns autores, a exemplo de Carlyle Pop, a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão para só então ser exigível a multa decorre da interpretação do art. 12, § 2º, da Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública)¹¹³, cujo texto legal foi reproduzido também no art. 213, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em discordância à ótica de Carlyle Pop, Eduardo Talamini traça a seguinte linha de raciocínio para a inaplicabilidade do art. 12, § 2º, da Lei 7.347/1985 no trato da multa coercitiva:

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2001, p. 110.

¹¹¹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreints*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 338, dez. 2005, p. 28.

¹¹² *Ibidem*, p. 29.

Primeiro, porque se trata de regra especial e expressa em tal sentido – o que não autoriza sua extensão à disciplina geral da tutela dos deveres de fazer e de não fazer. Aliás, é até de se indagar se ainda está em vigor este dispositivo, em face da inexistência de semelhante limitação à exigibilidade da multa no art. 84 do Código do Consumidor, que lhe é posterior e aplica-se à ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei 7.347/85. Por fim – e mais grave -, a inexigibilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retira boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação. A ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu através da execução do crédito da multa é o mais forte fator de influência psicológica. A perspectiva remota e distante de execução depois do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona. Assim e se não bastassem os argumentos anteriores, esse último aspecto afastaria a viabilidade da aplicação analógica da regra do art. 12, § 2º, da Lei 7.347/85.¹¹⁴

Opondo-se também a aplicação do mencionado dispositivo por analogia, Paulo Henrique dos Santos Lucon pondera que, quando inexistir expressa vedação e o ato não for contrário ao direito, conclui-se que o objetivo do legislador foi de permitir a prática do ato.¹¹⁵ Alerta ainda o referido autor para a existência em nosso ordenamento jurídico de limitação de aplicação da analogia, asseverando que o dispositivo da Lei da Ação Civil Pública não deve ser estendido aos casos de ação de caráter individual.

De outro lado, além de Lucon e Mesquita, Barbosa Moreira é enfático ao defender a imediata exigibilidade da *astreinte*. O eminente processualista, ao tratar das sanções patrimoniais, salienta que

Em mecanismo processual bem construído, devem elas, para mostrar-se praticamente eficazes, observar dois requisitos: a) não ficar o valor respectivo sujeito a limite prefixado, que coincida com o da obrigação; b) aplicar-se desde logo, uma vez descumprida a ordem de abstenção” (sem os grifos no original)...Considerações análogas são cabíveis com referência ao outro requisito, (o de sua imediata exigibilidade), cuja necessidade é até maior que a do primeiro. Com efeito: se se adota o alvitre de deferir a incidência da multa para momento posterior à infração do preceito (trânsito em julgado da sentença que julgue procedente o pedido, citação do vencido para a execução, e assim por diante), é óbvio que se está concedendo ao réu, a priori, uma espécie de “anistia” como relação ao período que eventualmente decorra entre a desobediência à ordem (isto é, entre a violação do dever de abster-se) e aquele

¹¹³ “a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas só será devida desde o dia em que se houve configurado o descumprimento”.

¹¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 259.

¹¹⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e Execução Provisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 369.

momento posterior – período cuja duração, conforme as circunstâncias, pode ser bastante longo. Nessas condições, a força do preceito dilui-se em tal medida, que já não se poderá a rigor contar com a providência como elemento eficaz de um mecanismo de tutela preventiva.¹¹⁶

Compartilhando desse entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar da *astreinte* fixada na decisão que antecipa os efeitos da tutela, defende que “Embora inexistente a tutela final, a multa está vinculada ao provimento antecipatório e pode ser exigida desde logo, pois decorre objetivamente do não atendimento ao comando nele contido”.¹¹⁷ Nesse sentido, eminentes processualistas como SPADONI, GOMES JUNIOR¹¹⁸, ALVIM¹¹⁹, FORNACIARI JUNIOR¹²⁰ e FOWLER¹²¹ defendem que a multa poderá ser exigida assim que vencido o prazo determinado pelo juiz para o cumprimento da obrigação, independentemente se fixada em tutela definitiva ou provisória.

Na concepção proposta por Joaquim Felipe Spadoni, o poder coercitivo da multa deve ser atual e certo, daí porque é possível sua cobrança tão logo vislumbrado o descumprimento do comando mandamental. Desenvolve seu pensamento na seguinte premissa:

Ciente de que a pena pecuniária a que estará submetido só poderá ser cobrada após o longo período de tramitação do processo, e apenas se a decisão definitiva for de procedência, a parte pode entender ser mais vantajoso descumprir agora o preceito judicial e disso tirar lucros e proveitos certos e atuais, e assumir o risco de posteriormente ser obrigada a pagar a multa determinada¹²².

A lição de Humberto Theodoro Junior também se direciona no sentido de que “não se deve negar imediata executividade à multa imposta para cumprimento de tutela antecipada”, cabendo, nesse cenário, a sistemática do procedimento executivo provisório. Eduardo Talamini, em concordância com o raciocínio traçado

¹¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1980, p. 39-40.

¹¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 367.

¹¹⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Execução de multa – art. 461, § 4º, do CPC - e a sentença de improcedência do pedido. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 557-558.

¹¹⁹ CARREIRA ALVIM, J. E. *Op. cit.*, p. 119-120.

¹²⁰ FORNACIARI JUNIOR, Clito. **A reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 84.

¹²¹ FOWLER, Marcos Bittencourt. A (re) reforma do art. 461 do Código de Processo Civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 204.

¹²² SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 502.

por Theodoro Júnior, acrescenta ainda que “a multa seria executada imediatamente, mas eventual levantamento de depósito ou alienação de bem ficaria sobrestado até o julgamento definitivo”.¹²³

Contrário a esse posicionamento, Spadoni assevera que, embora os valores da multa possam ser exigidos assim que constatado o descumprimento da ordem judicial, sua cobrança proceder-se-á por meio de execução definitiva. Nota-se que o caráter definitivo da execução defendido por Spadoni é coerente com sua concepção de que a multa é devida independentemente de posterior sentença de procedência, de modo que os valores eventualmente recebidos pelo autor, a título de *astreinte*, não seriam devolvidos ao réu no caso de sentença de improcedência do(s) pedido(s). Perfilhando do entendimento de Spadoni, Marcos Bittencourt Fowler também admite a execução definitiva do crédito derivado da multa antes mesmo do trânsito em julgado da decisão que comina a medida.¹²⁴

Superada a divergência quanto ao caráter da execução, cumpre tecer comentários acerca do procedimento a ser adotado para cobrança do crédito advindo da multa coercitiva, qual seja, o da execução por quantia certa.

Na hipótese de a multa ser fixada em decisão que antecipa os efeitos da tutela, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior demonstra que o procedimento executivo é bastante singelo, *verbis*:

Não se exige uma “ação de liquidação”, mas apenas um incidente processual nos moldes dos novos arts. 475-A a 475-H, submetido afinal a uma decisão interlocutória recorrível por meio de agravo. A execução, após a liquidação, também será sumária, tal como estatui o procedimento concebido pela Lei n° 11.232/2005 para “cumprimento” de sentença condenatória referente à obrigação de quantia certa (arts. 475-J e segs.).¹²⁵

Em caso da medida ter sido fixada na sentença, ocasião em que a cominação é genérica e subordinada à condição, deve o credor promover a liquidação antes de dar início à respectiva execução. Nesse aspecto, Humberto Theodoro Júnior acrescenta ainda que

¹²³ SOUZA, Gelson Amaro de. Admissibilidade da tutela específica nas relações contratuais e a antecipação de tutela – artigo 461 do CPC. **Revista Jurídica**. n. 295, maio de 2002, p. 36.

¹²⁴ FOWLER, Marcos Bittencourt. A (re) reforma do art. 461 do Código de Processo Civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 204-205.

¹²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 25. ed. São Paulo : Liv. e Ed. Universidade de Direito, 2008, p. 558.

o rito adequado é, em regra, o da liquidação por artigos, pois haverão de ser provados fatos novos, como a constituição em mora do devedor, o descumprimento da prestação, a data em que este ocorreu e a duração do estado de inadimplência.¹²⁶

Contrariamente ao procedimento relativo à execução por quantia certa, que longe está de tumultuar a atividade jurídica, o momento da exigibilidade da *astreinte*, como visto, vem sendo palco de acirrados embates cujos argumentos devem ser profundamente refletidos, tendo em vista a importância da multa como ferramenta vocacionada a conferir efetividade à tutela jurisdicional.

É certo que cada posicionamento aqui exposto reproduz os valores tidos como fundamentais pelos julgadores e doutrinadores no que concerne a aplicação dessa medida. Nesse cenário, não se tem dúvidas de que a essência coercitiva da multa é abrandada por aqueles que postergam o momento de sua cobrança para após o trânsito em julgado da decisão, entendimento que privilegia, por outro lado, a segurança da medida, evitando, assim, eventual constrição desnecessária do patrimônio do devedor quando ainda em discussão se devido ou não o cumprimento da obrigação principal.

De outra banda, aqueles que propugnam pela exigibilidade imediata da *astreinte*, ou seja, independentemente do trânsito em julgado da decisão, estão preocupados precipuamente em atender a função coercitiva da medida, buscando imprimir celeridade e utilidade à tutela jurisdicional específica. Também nesse aspecto os doutrinadores voltam a divergir, sustentando alguns (posição majoritária) que, face a provisoriedade da medida, a sua execução deve ser provisória, enquanto outros orientam-se pela definitividade da execução. Aqui importa ressaltar que nem sempre o credor terá condições de arcar com a caução para o levantamento da quantia devida a título de *astreinte*, motivo porque, em alguns casos, mesmo que se admita a execução provisória, esta não surtirá os efeitos almejados pelos seus defensores. Em outra ótica, permitir-se a execução definitiva do crédito da *astreinte* fixada em decisão de caráter provisório importaria em autorizar o credor a devassar o patrimônio do devedor sem a garantia deste poder reavê-lo em caso de eventual reconhecimento de que a obrigação principal não era devida.

Conclui-se, assim, que o estudo dos meios para se alcançar a efetividade da prestação jurisdicional específica não atrai somente reflexões no campo jurídico,

¹²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 25. ed.

mas também econômico e social. A análise global da medida deixa ver que não há um modelo a ser seguido no momento da aplicação da multa, de modo que cabe ao magistrado, em observância detida das circunstâncias do caso concreto, avaliar desde a conveniência da medida até o momento e sistemática de sua cobrança, à luz dos elementos que envolvem esse hipnotizante debate.

3.5 *Astreinte* fixada no despacho da inicial no processo de execução de título extrajudicial (art. 645, *caput*, do CPC)

Como referido anteriormente, a execução de título extrajudicial reveste-se de caráter definitivo, à luz do que dispõe o art. 587, 1ª parte, do CPC. O título, que possui em si forte carga declarativa de uma relação jurídica entre autor e réu, equipara-se à sentença transitada em julgado, revestindo-se, assim, de presunção de certeza.

Nesse cenário, verifica-se que a decisão que determina a citação do réu na execução de título extrajudicial concernente à obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, atrelando ao comando multa coercitiva, possui todos os requisitos para tornar exeqüível o crédito resultante da incidência desta.

Ocorre que, caso sejam ajuizados embargos, haverá conseqüentemente a suspensão da incidência da *astreinte*. Com efeito, a dúvida surge na hipótese de não serem aforados os embargos e persistir o descumprimento da obrigação, qual seja, a execução do crédito derivado da *astreinte* assumiria caráter provisório ou definitivo? A resposta verte pela provisoriedade do procedimento, na medida em que a decisão que impõe a multa e determina a citação do executado é interlocutória – e reveste-se de inegável caráter provisório, sujeita que é ao agravo de instrumento – de modo que não se equipara à sentença transitada em julgado.¹²⁷

3.6 A multa e a improcedência do pedido

Superada nesse estudo a discussão sobre o momento da exigibilidade e execução da *astreinte*, abordamos outra, de não menos importância, relativa à

cobrança da multa fixada em decisão interlocutória quando o pedido inicial é julgado improcedente em sentença ou, sendo fixada nesta, é revogada em acórdão exarado por Tribunal Superior. A controvérsia gira em torno de eventual possibilidade de repetição da multa, bem assim se persiste sua exigibilidade quando o crédito dela decorrente estiver pendente de pagamento.

A primeira corrente verte no sentido que, uma vez fixada a multa, esta somente prevalecerá quando julgado procedente o pedido. Resultando o julgamento pela sua improcedência, os valores pagos a fim de satisfazer esse crédito ficam sujeitos à repetição e aqueles que estavam pendentes de pagamento passam então a serem inexigíveis. Filiam-se a essa corrente autores como BEDAQUE¹²⁸, TALAMINI, MARINONI¹²⁹ e LUCON.

Na ótica de LUCON, se o pedido formulado na *actio* for julgado improcedente, transitando materialmente em julgado a decisão, a multa que tenha sido paga por força da tutela antecipada deve ser restituída, à luz da responsabilidade objetiva do acionante. Explicando seu posicionamento, o autor assevera que, sendo a multa revertida ao beneficiário da obrigação, o valor despendido a esse título “deve retornar ao patrimônio do demandado, sendo uma conseqüência natural da sentença ou acórdão de mérito no qual se decretou a improcedência do pedido deduzido na petição inicial”.¹³⁰

Por sua vez Eduardo Talamini¹³¹ reforça a tese ora esposada ao argumento de que a tutela jurisdicional deve proteger aquele que efetivamente tem razão, assim sintetizado:

Não é viável opor contra essa conclusão o argumento de que a multa resguarda a autoridade do juiz – e não diretamente o direito pretendido pelo autor –, de modo que, ainda que posteriormente se verificasse a falta de razão do autor, isso não apagaria, no passado, o descumprimento, pelo réu, da ordem judicial que recebera. A legitimidade da autoridade jurisdicional ampara-se precisamente na sua finalidade de tutelar quem tem razão. A tese ora criticada, se aplicada, longe de resguardar a autoridade jurisdicional, apenas contribuiria para enfraquecê-la: consagraria o culto a uma suposta “autoridade” em si mesma, desvinculada de sua razão de ser. Tanto mais grave, quando se considera que o crédito da multa não redundava em benefício do Estado, mas do autor – o qual, na hipótese em exame, não tem o direito que afirmara como seu (...). Esse caráter

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 267

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 181-183.

¹³⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 279.

¹³¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 260.

ambíguo da multa processual coercitiva (preservação da autoridade judicial – destinação ao autor) já bastaria para afastar a permanência da multa nos casos ora em exame. No direito francês, em que a multa se reveste dessa mesma hibridez, ninguém discorda da impossibilidade de permanência da astreinte (inclusive a “definitiva”) nessas hipóteses.

Comungando desse entendimento, acrescentam Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues que, sendo julgado improcedente o pedido do autor, a multa atrelada à decisão que determinou o cumprimento de uma obrigação deixa de ser devida “já que o provimento de improcedência é declaratório negativo, com efeito *ex tunc*, e reflete a inexistência do direito afirmado pelo autor”.¹³²

O posicionamento em tela também é defendido por Paula Sarno Braga, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira, que, por considerarem a multa apenas uma forma de efetivação do provimento antecipatório, sua cobrança estaria condicionada à procedência do pedido inicial. Em suas palavras:

Efetivamente, somente quando o beneficiário da multa se tornar, ao fim do processo, o vencedor da demanda é que fará jus à cobrança do montante. Assim o é porque a multa é apenas um meio, um instrumento que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio).¹³³

Não discrepa desse entendimento a lição de Marinoni:

se nosso sistema confere ao autor o produto da multa, é completamente irracional admitir-se que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executada (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória. Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão, apenas porque o réu deixou de adimplir uma ordem do Estado-juiz.¹³⁴

Por outro lado, há quem defenda a irrepetibilidade da multa ainda que o pedido manejado na ação tenha sido julgado improcedente. A linha de raciocínio desta corrente é de que a multa não se vincula ao resultado da demanda, ou seja,

¹³² JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 372.

¹³³ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 360.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2000, p. 181-182.

uma vez proferido um comando judicial com previsão de multa coercitiva, esta será devida e, portanto, exigível independentemente do teor da decisão final. Este entendimento é amparado na premissa de que eventual repetibilidade da *astreinte* “iria estimular o devedor a descumprir a obrigação na esperança de que ao final poderia sair vencedor e com isso estaria dispensado da mesma”.¹³⁵

Joaquim Felipe Spadoni defende a referida tese sob o argumento de que a multa é exigível face o descumprimento de uma obrigação processual não guardando pertinência, portanto, com a obrigação de direito material objeto da demanda.¹³⁶ O referido autor pondera ainda que a natureza das decisões que em seu bojo revogam outras anteriores é constitutiva negativa, outro fator que robor a exigibilidade da multa independente de sua posterior revogação. Elucida o referido autor que

Seja pelo acórdão que rescinde ou modifica as decisões de 1º grau, seja pela própria sentença de improcedência ou decisão interlocutória que revoga a imposição da multa, desconstitui-se um ato jurídico (a decisão judicial) que até então produzia efeitos, e que, portanto, impunha, até o momento da desconstituição, um dever de cumprimento obrigatório ao réu.

Pelo fato de decisões dessa natureza possuírem eficácia *ex nunc*, ou seja, por não retroagirem, não podem elidir o estado de ilicitude em que se pôs o réu que transgrediu preceito judicial proferido anteriormente e que era até então eficaz. A ordem judicial terá sempre sido violada, e a multa sempre será devida, mesmo diante da posterior improcedência do pedido do autor.¹³⁷

Por sua vez, apesar de não deixar expressa a sua adoção a este entendimento, Sergio Cruz Arenhart defende que

A função, portanto, da multa é garantir a obediência à ordem judicial. Pouco importa se a ordem se justificava ou não; após a sua preclusão temporal ou, eventualmente, a análise do recurso contra ela interposto junto ao Tribunal, só resta seu cumprimento, sem qualquer ulterior questionamento.

Se, no futuro, aquela decisão será ou não confirmada pela decisão final da causa, isto pouco importa para a efetividade daquela decisão. Está em jogo, afinal, a própria autoridade do Estado. Não se pode, portanto, dizer que ocorreu apenas o inadimplemento de uma ordem do Estado-juiz. Ocorreu, em verdade, a transgressão a uma ordem, que se presume legal. Se o conteúdo desta ordem será,

¹³⁵ SOUZA, Gelson Amaro de. Admissibilidade da tutela específica nas relações contratuais e a antecipação de tutela – artigo 461 do CPC. Revista Jurídica. Porto Alegre, n. 295, p. 21-44, mai. 2002, p. 37.

¹³⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 501.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 501.

posteriormente, infirmado pelo exame final da causa, isto pouco importa para o cumprimento da ordem em si.¹³⁸

O modelo proposto por essa corrente é veementemente combatido por Guilherme Rizzo Amaral, que traz à baila constante discussão no processo civil sobre a preponderância da forma em detrimento do conteúdo, cabendo aqui reproduzir sua reflexão:

A deformação das *astreintes* proposta pelos juristas que pregam sua exigibilidade, mesmo diante de decisão final de mérito que não reconheça o direito do autor, revela a completa escravização do homem à técnica processual, que, por sua vez, deixa de atuar na pacificação dos conflitos, passando a ser fonte dos mesmos, ao permitir resultados socialmente injustos.¹³⁹

3.7 Execução parcial da multa

Superadas as discussões expostas nos itens anteriores, passamos ao exame da possibilidade de execução parcial do crédito derivado da *astreinte*, quando ainda esteja incidindo a medida sobre a esfera jurídica do devedor. A questão que aqui se coloca diz respeito se pode haver a cobrança desse crédito ainda que não esteja consolidada a situação, quer pelo adimplemento da obrigação, quer pela constatação de que é impossível cumpri-la.

Com efeito, não há óbice para a execução parcial da multa cujo montante deverá ser apurado por simples cálculo aritmético a ser feito com base no número de dias (ou outra unidade de tempo) que intermediaram o termo inicial da medida e o momento da execução parcial multiplicado pelo valor unitário da multa. Aliás, a doutrina há muito vem abonando a possibilidade de execução parcial da *astreinte*, sendo que, antes mesmo das recentes reformas do CPC, Moacyr Amaral Santos já sustentava que o credor poderia promover execuções parciais até que o devedor satisfizesse a obrigação de fazer ou de não fazer ou houvesse a conversão desta em indenização por perdas e danos.¹⁴⁰

Nessa perspectiva, assiste razão a Marcelo Lima Guerra quando ressalta que a execução parcial “reforça a eficácia da própria multa como medida coercitiva,

¹³⁸ ARENHART, Sergio Cruz. *Op. cit.*, p. 201.

¹³⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 165.

¹⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. III, p. 399.

por fazer com que o devedor se sujeite, concreta e rapidamente, às conseqüências da sua recusa em adimplir”.¹⁴¹

Diante do exposto, conclui-se que, embora o legislador tenha normatizado importantes elementos para operacionalizar a *astreinte*, outros tantos ficaram ao desamparo legal, restando à doutrina e, em especial, à jurisprudência moldar a medida à luz dos hodiernos princípios do direito processual civil, a fim de que seja verdadeira ferramenta para o alcance da almejada efetividade do processo.

¹⁴¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 214.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o estudo proposto nesse trabalho, cabe tecer derradeiras considerações.

Em um primeiro momento, refletiu-se, a partir de breve noção da *astreinte*, que a utilização de meios de coerção psicológica para cumprimento das obrigações trata-se de artifício antigo que remonta ao primitivo Direito Romano. Naquela época, as técnicas coercitivas consistiam em ameaçar e, na maioria das vezes, comprometer das mais variadas formas a incolumidade física e a liberdade dos indivíduos que não cumpriam suas obrigações (geralmente de caráter pecuniário), revestindo-se também de caráter punitivo. Em seguida, observou-se a evolução do sistema jurídico da França que, apesar de ser o berço das idéias liberais - e, por isso, ter privilegiado no trato das obrigações o princípio da incoercibilidade da vontade pessoal – consagrou a *astreinte* como instrumento coercitivo destinado a imprimir efetividade à prestação jurisdicional, substanciado na ameaça de pronta afetação do patrimônio do obrigado em caso de descumprimento do comando judicial. Na ordem de idéias traçadas sobre o tema, apresentou-se os modelos de medidas coercitivas existentes em outros ordenamentos jurídicos, apontando suas principais semelhanças e diferenças com o regime jurídico da *astreinte*.

Adentrando ao estudo da *astreinte* no processo civil brasileiro, pôde-se concluir que a medida não era propriamente uma inovação em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o Código de Processo Civil de 1939 já previa a possibilidade de cominação de multa em caso de descumprimento da obrigação fixada na sentença cominatória (art. 999 do CPC/1939). Porém, a multa acabou ganhando ares de indenização antecipada por perdas e danos decorrentes do inadimplemento, destoando, assim, do caráter coercitivo que lhe era intrínseco. Nesse contexto, a medida somente ganhou funcionalidade, a ponto de extirpar qualquer resquício do antigo modelo, com a reforma operada pela Lei n. 8.952/94, que conferiu ao magistrado, na tutela das obrigações de fazer e não fazer, poderes para fixá-la a pedido ou mesmo de ofício, inclusive em sede de tutela antecipada, devendo tão-somente obedecer aos critérios de suficiência e compatibilidade com a obrigação principal para a valoração da multa (art. 461, CPC). Já em 2002, por meio da Lei n.

10.444, a tutela conferida pelo art. 461 foi ampliada para o dever jurídico de entrega da coisa, conforme redação do novel art. 461-A do CPC.

Na seqüência, foi possível ver que é a maleabilidade da multa que garante, nas mais diversas hipóteses, a eficácia da almejada coerção, tendo em vista a possibilidade de ser modificado o seu valor e periodicidade, podendo até mesmo ser revogada a qualquer tempo pelo magistrado, desde que cessem os motivos que mantinham a sua incidência. A flexibilidade diz respeito ainda à possibilidade de fixação progressiva da multa ou, de outro lado, de sua incidência única para os casos de obrigações de cunho instantâneo.

Ademais, retratou-se nesse estudo que, se por um lado o legislador consagrou a *astreinte* como medida coercitiva apta a imprimir tempestividade e efetividade à tutela jurisdicional específica, dando maior operacionalidade e conferindo poderes ao magistrado para a obtenção desse objetivo, por outro, silenciou-se sobre aspectos extremamente importantes relacionados à eficácia desse instrumento. Assim, coube à doutrina e, em especial, à jurisprudência preencher essas lacunas, firmando entendimentos que, apesar de aparentemente uníssomos, ainda são palco de acirrados debates no cenário jurídico. Nesse particular, destacou-se a questão da titularidade do crédito derivado da *astreinte*, temática que, embora tida como incontroversa pelos juristas, não deixa de gerar críticas e ensejar reflexão por um modelo que harmonize o princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais - conferindo caráter coercitivo à multa, e, por isso, desvinculando-a do valor da obrigação principal - e o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor.

Finalmente, expôs-se a divergência instaurada na doutrina e jurisprudência relativa à exigibilidade e execução da *astreinte*, temas que proporcionam interessantes debates e desafiam reflexões voltadas a efetividade da tutela jurisdicional. Isso porque, enquanto uma corrente verte no sentido de que a cobrança da multa somente é possível após o trânsito em julgado da sentença, ocasião em que a instauração de um procedimento invasivo ao patrimônio do obrigado estaria revestida de segurança e certeza de que a obrigação era mesmo devida, outra considera desnecessária essa exigência, na medida em que retarda o cumprimento do dever pelo réu, prejudicando a efetividade da tutela. Outra discussão recorrente diz respeito ao destino da multa no caso de sentença de improcedência do pedido inicial, assunto que também repercute na eficiência dessa

ferramenta, devendo ser observado com especial atenção pelos Tribunais a fim de evitar distorções com o possível esvaziamento de sua essência coercitiva.

Diante do exposto, conclui-se que caberá aos juízes, advogados, promotores entre outros operadores do direito a incumbência de refletirem sobre os aspectos mais controversos da *astreinte* – especialmente porque a legislação processual silenciou-se sobre estes - e atribuírem a essa medida o sentido tão idealizado pelos legisladores e almejado pela sociedade, isto é, o de tornar real o processo célere e útil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo civil brasileiro : multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken de. **Execução civil nos juizados especiais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Execução na ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 82, p. 46-52, 1996.

_____. **O contempt of court no direito brasileiro**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em [http:// www.abdpc.com.br](http://www.abdpc.com.br).

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil Comentado**. v. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A multa atrelada à tutela específica no CPC (arts. 461 e afins). *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n, 350, p. 127-153, dez.2006.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Salvador: Podivm, 2007.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (*astreintes*) prevista no art. 461 do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 114, p. 208-222, mar./abr. 2004.

_____. Tutela específica. Multa diária. Proporcionalidade. Termos *a quo* e *ad quem*. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 146, p. 297-305, abr. 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. "Dell'azione nascente dal contratto preliminare" In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Execução Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FORNACCIARI JUNIOR, Clito. **A reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FOWLER, Marcos Bittencourt. A (re) reforma do art. 461 do Código de Processo Civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 189-210.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Execução de multa – art. 461, § 4º, do CPC - e a sentença de improcedência do pedido. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 555-567.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, Enrico. **Processo de Execução**. São Paulo: Bestbook, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e Execução Provisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória : individual e coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela Específica : arts. 46, CPC e 84, CDC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreints*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 338, p.23-38, dez. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 23ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. A tutela específica e o princípio dispositivo: ampla possibilidade de conversão em perdas e danos por vontade do autor. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, v.28, p. 33-44, jul. 2005.

PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 328, p. 63-82, fev. 2005.

POP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. Curitiba: Juruá, 1995.

SÁ, Fernando. *Astreintes e o contempt of court* – eficácia e efetividade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 375, p. 37-53, set./out. 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no Direito Brasileiro**. Tomo I. 5ª ed. São Paulo: Max Lemonad, 1973.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. III.

SEGUNDO, Lino Osvaldo Serra Sousa. O binômio conhecimento-execução e as ações de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 127, p. 259-283, set. 2005.

SOUZA, Gelson Amaro de. Admissibilidade da tutela específica nas relações contratuais e a antecipação de tutela – artigo 461 do CPC. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 295, p. 21-44, mai. 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 482-508.

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O Artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento/execução. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 342, p. 53-74, abr. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense.

_____. Medida cautelar. Multa diária. Exeqüibilidade. *RePro*, n. 96.

_____. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 25ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universidade de Direito, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8.

_____. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 2000.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 19, p. 77-101, jul./set. 1996.