

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO:
DA ASTREINTE E QUESTÕES RELACIONADAS AO INSTITUTO

FERNANDO ANTÔNIO OLIVEIRA

ORIENTADOR: PROF. DR. FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

RIBEIRÃO PRETO – SP

2014

FERNANDO ANTÔNIO OLIVEIRA
Nº USP 7128029

DA ASTREINTE E QUESTÕES RELACIONADAS AO INSTITUTO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto – USP, como requisito
para término do curso de graduação em
Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni– Departamento de
Direito Privado e Processo Civil**

RIBEIRÃO PRETO – SP
2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Oliveira, Fernando A.

Da astreinte e questões relacionadas ao instituto. Ribeirão Preto, 2014.
109 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni.

1. Astreinte. 2. Medidas de apoio. 3. Execução indireta.

OLIVEIRA, Fernando A. **Da astreinte e questões relacionadas ao instituto.** Trabalho apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para a aprovação no Curso de Graduação em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni. Instituição: FDRP/ USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, meus exemplos para a vida, que sempre garantiram a segurança necessária para fazer minhas escolhas.

Aos meus irmãos, que sempre trataram o irmão caçula com extremo carinho, e aos quais serei eternamente grato.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni, orientador deste trabalho, que sempre demonstrou interesse e apoio no desenvolvimento da pesquisa.

Aos demais professores de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, que pelas aulas e discussões despertaram em mim o interesse pela disciplina.

A todos os funcionários e professores dessa jovem academia de Direito, pelo corriqueiro empenho e pela estimável solicitude.

Aos amigos aqui conhecidos, que proporcionaram experiências grandiosas, que jamais serão esquecidas.

RESUMO

O processo civil clássico sofre com alguns problemas referentes, principalmente, à efetividade da prestação jurisdicional. Nesse espectro, alguns procedimentos e expedientes foram criados e atualmente estão consolidados, justamente para conseguir atingir objetos específicos, que necessitam de um tratamento especial, em virtude de peculiaridades do direito material. Assim, o objeto do presente trabalho, a astreinte, configura-se como uma importante medida de apoio, de natureza coercitiva, extremamente sensível à necessidade de certos provimentos, referentes às tutelas específicas. De fato, hoje a multa periódica tem se demonstrado um mecanismo muito eficiente, tendo sido cada vez mais aplicada no nosso sistema para as situações em que o objeto do processo é o cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer e de dar coisa. Entretanto, a atual legislação que trata do assunto não dispõe de muitos aspectos da aplicação do instituto, o que acaba por suscitar muitas discussões e controvérsias. Desse modo, o objetivo dessa monografia é investigar as origens, características e a natureza da astreinte, para, com isso, enfrentar diversos problemas de aplicação do instituto.

Palavras-chave: Astreinte; Medidas de apoio; Execução indireta.

ABSTRACT

The classic civil procedure suffers from some problems, mainly related to the effectiveness of judicial assistance. In this spectrum, some procedures and devices were created and are currently consolidated, precisely in order to accomplish specific objects that require special handling due to peculiarities of the Law. Thus, the object of this work, “astreinte”, appears as an important measure of support, for coercive nature, extremely sensitive to the need of certain provisionses, referring to the specific guardianships. In fact, today the periodic penalty has proved a very efficient mechanism, have been increasingly applied in our system for situations in which the object of the process is the fulfillment of an obligation of to do or not to do, beyond obligation to give anything. However, the current legislation that addresses the subject lacks many aspects of the application of the institute, which ultimately give rise to many discussions and controversies. Thus, the goal of this paper is to investigate the origins, characteristics and nature of “astreinte” to thereby face several problems implementing the institute.

Keywords: Astreinte; support measures; Indirect execution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS IMPORTANTES PARA SITUAR O TEMA PESQUISADO	12
1.1. Breves apontamentos sobre o processo civil como ciência.....	12
1.2. Acesso à Justiça.....	15
1.3. Efetividade e formalismo processual	17
1.4. Influência do direito material sobre o processo e as escolhas das partes – “trade-off”	20
1.5. “Crise do processo” e sofisticação dos instrumentos processuais.....	22
2. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS	25
2.1. Obrigações de fazer, não-fazer e de dar	25
2.2. Tutela jurisdicional específica.....	27
2.3. Dos provimentos mandamentais	30
2.4. Meios de execução	32
2.5. A coerção no processo civil brasileiro	34
2.6. Mecanismos de efetivação da tutela específica: medidas de apoio.....	36
3. DA ASTREINTE	45
3.1. Conceito.....	45
3.2. Histórico	47
3.3. Fontes	51
3.4. Natureza Jurídica e Características.....	55
3.4.1. Medida de caráter processual.....	56
3.4.2. Caráter coercitivo.....	60
3.4.3. Técnica de tutela	61
3.4.4. Medida sem caráter moralizador	62
3.4.5. Caráter acessório.....	63
3.4.6. Caráter Patrimonial	66
3.5. Comparação com outras medidas de caráter semelhante	67
3.5.1. <i>Contempt of Court</i>	67
3.5.2. <i>Injunctions</i>	69
3.5.3. Multa do artigo 475-J do CPC	71
3.6. Hipóteses de cominação/ Cabimento	73
3.7. Sujeito Passivo	76

3.8. Periodicidade	80
3.9. Momento de imposição.....	81
3.10. Incidência.....	82
3.10.1. Termo <i>a quo</i>	83
3.10.2. Termo <i>ad quem</i>	84
3.11. Limites e possibilidade de modificação do valor da astreinte	85
3.12. Hipótese de revogação da decisão que cominava a astreinte.....	90
3.13. A extinção do crédito da astreinte com base no princípio da boa-fé	94
3.14. Exigibilidade e execução das astreintes.....	97
3.15. Beneficiário da multa.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

Quando da escolha do tema para a elaboração da presente monografia, o objetivo principal pensado foi a busca de uma solução mais coerente para um problema prático, qual seja, acerca dos efeitos da manutenção ou revogação da medida liminar que comina a incidência da astreinte, seja em qualquer momento, mas principalmente na ocasião da prolação da sentença ou em sede de Acórdão.

Todavia, após as primeiras investigações sobre o tema, verificou-se que o problema suscitado não poderia ser resolvido sem uma investigação mais detida sobre o próprio instituto da astreinte. Além disso, conforme foi se desenrolando a pesquisa, outros problemas relacionados à aplicação do instituto também surgiram, o que possibilitou alargar-se a abrangência do tema.

Dessa forma, resolveu-se por ampliar a abordagem da monografia, de modo a ter como objetivo o estudo sobre a astreinte, com o enfrentamento de vários problemas teóricos e práticos emergentes do instituto, visto que o problema inicial imaginado se mostrou pequeno em face da amplitude dos desafios que a aplicação e o estudo da astreinte têm demonstrado na prática brasileira.

De fato, além do problema dos efeitos da manutenção ou revogação da medida liminar (*ex tunc* ou *ex nunc*), foram identificados outros problemas. Apenas como exemplo, podemos citar: o momento da exigibilidade da quantia acumulada da multa, se antes ou somente depois do trânsito em julgado da lide; a natureza da astreinte, se punitiva ou coercitiva; da possibilidade ou não da cominação de astreinte em obrigações de pagar quantia certa; além da discussão sobre o beneficiário do montante acumulado da multa; dentre outras questões que foram abordadas.

E para a melhor compreensão do instituto e das questões a ele relacionadas, o presente trabalho se pautou basicamente na pesquisa doutrinária sobre o tema, principalmente nacional, mas com menções à autores estrangeiros, visto que apesar das questões de aplicação serem restritas ao ordenamento jurídico brasileiro, a astreinte aqui aplicada tem semelhança com institutos de outros países, mormente no que toca à temática do instituto na França.

Também foram feitas consultas freqüentes às decisões prolatadas pelos tribunais, sempre em consonância com os ditames legais e doutrinários.

Quanto à consulta à legislação, o principal norte foi a disciplina das atreintes no Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73). Mas é bom que se consigne que outras fontes normativas que tratam sobre o tema também foram observadas, tal como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Pautando-se nesta metodologia, a presente monografia foi concluída em três capítulos, que foram subdivididos em vários tópicos, além das considerações finais.

Assim, no primeiro capítulo tratou-se de questões atinentes ao contexto genérico de princípios e tendências do Processo Civil que influenciam direta ou indiretamente na questão da astreinte, como a evolução da concepção do processo civil como instrumento efetivo para a concretização da tutela jurisdicional, com mecanismos capazes de propiciar um acesso à Justiça, com ênfase na efetividade. Além disso, foram também apontados os problemas atualmente enfrentados pelo Poder Judiciário, o que faz surgir inúmeras necessidades, tal qual a criação de mecanismos eficazes para a perseguição do objeto específico da tutela.

O segundo capítulo passa a tratar das obrigações específicas, com breves considerações acerca das obrigações de fazer, não-fazer e de dar. Após, explora-se o significado da expressão “tutela jurisdicional específica”, o que abre caminho para o tema dos provimentos mandamentais, que são posteriormente diferenciados pela abordagem dos meios de execução. Por derradeiro, aproximando-se do instituto da astreinte, trata-se da coerção no processo civil brasileiro, o que desencadeia no último tópico do primeiro capítulo, que discorre sobre mecanismos de efetivação da tutela específica, as denominadas medidas de apoio, gênero do qual a astreinte é espécie.

O cerne do trabalho é tratado no terceiro capítulo, que trata exclusivamente de várias questões relacionadas à multa periódica. Neste capítulo, fontes, histórico, natureza, características e inúmeros desdobramentos dessas questões, mais relacionadas à aplicação do instituto, são estudadas, com inúmeras discussões e problemas, o que enriqueceu a pesquisa.

E, por fim, estão dispostas as considerações finais, com algumas conclusões sobre o presente trabalho, além das referências sobre as obras consultadas e utilizadas.

1. ASPECTOS IMPORTANTES PARA SITUAR O TEMA PESQUISADO

1.1. Breves apontamentos sobre o processo civil como ciência

Sempre houve uma dificuldade em se classificar o processo em face do direito material. Inicialmente, o processo era apenas pensado na sua faceta procedimental, revelando-se como o desencadeamento dos atos que ocorriam para a efetivação do direito subjetivo. Essa era a concepção dos praxistas ou procedimentalistas¹.

Superada essa fase, sobrevieram as teorias contratualistas do processo, baseadas no texto de Ulpiano, que vislumbrava o processo a partir do instituto romano da *litiscontestatio*, que, grosso modo, era um compromisso das partes em aceitar o procedimento a ser adotado pelo *praetor* no julgamento da demanda. Surgiu ainda uma teoria aproximada da contratualista, a do “quase-contato”, que acreditava que o processo, apesar de não ser contrato, muito se assemelha a tal, mas se afasta totalmente da natureza de um delito.²

Mais adiante, essas teorias passaram a ser abarcadas pela Teoria Unitária do ordenamento jurídico. Como aponta Garcia Redondo:

Para seus defensores, as leis materiais seriam incapazes de gerar direitos subjetivos, sendo criadoras de meras expectativas de direito. Caberia ao Estado-juiz, mediante o exercício da função jurisdicional, criar o direito subjetivo antes inexistente.³

O mencionado autor nos lembra que Francesco Carnelutti foi adepto a essa teoria.

Somente a partir de meados do século XIX é que se pensou e reconheceu a autonomia científica do Direito Processual. Da polêmica entre as idéias dos juristas alemães Windscheid e Müther é que surgiu a concepção de que o direito material e direito de ação seriam distintos.⁴

¹ REDONDO GARCIA, Bruno. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 35, v. 187, p. 301- 328, 2010.

² Ibidem. p. 321

³ Ibidem. p. 321-322.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. I. p. 67.

Em suma, Windscheid acreditava que o sistema romano não era pautado por direitos (*jura*), mas pretensões, que somente se concretizariam por meio das *actiones*⁵.

Müther, por sua vez, acreditava na verdade que a *actio* romana se assemelhava à ação moderna, porquanto o direito subjetivo seria pressuposto da *actio*. Os editos dos pretores sobre regras procedimentais seriam apenas balizas para o reconhecimento do direito subjetivo⁶. Portanto, a ação “era o direito à prestação da tutela jurídica (direito à emissão da fórmula), tendo por titular passivo o magistrado e não o adversário”⁷.

Não obstante à discordância entre as teses dos mencionados juristas, ambos concordavam que no direito atual (daquela época) a ação tinha a característica de ser o exercício de um direito novo, nascido de um direito precedente. O fato é que a discussão dos juristas romanistas abriu espaço para o progresso da teoria da ação.

Mas foi somente com a colaboração de Bülow, com a denominada Teoria da Relação Processual, que o direito processual criou autonomia. Para essa teoria, a relação processual é uma relação intersubjetiva, dinâmica, de direito público, pautada nos requisitos processuais⁸. Para esta teoria, o direito se formaria de forma escalonada, nascendo por meio de atos legislativos, mas somente tomando forma por meio do processo (trilha obrigatória), quando o juiz aplica concretamente a lei. Trata-se de um posicionamento para o qual o direito seria unitário, já que a norma seria incompleta sem a atuação do órgão jurisdicional, que faria nascer o direito subjetivo.⁹ Essa posição ganhou grande destaque, com apoio de vários juristas de grande importância, como Kelsen, Calamandrei, Carnelutti, Satta e Ascarelli.¹⁰

Posteriormente, o eminente jurista italiano Giuseppe Chiovenda passou a militar a teoria Dualista do ordenamento jurídico, segundo a qual existem direitos materiais, mas quando é necessário a ação para a sua concretização, o Estado somente os enuncia, mas não os cria¹¹. Liebman também acolheu a teoria dualista.¹²

⁵Ibidem. p. 68.

⁶BEDAQUE, José Roberto dos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 33.

⁷Ibidem. p. 68.

⁸REDONDO GARCIA, op. cit., p. 322.

⁹DINAMARCO, 2010, op. cit., p. 71

¹⁰Ibidem. p. 73.

¹¹Ibidem. p. 77.

¹²Ibidem. p. 78.

Como se pode ver, a ação era o objeto principal para fins de qualquer abordagem do processo civil, seja na concepção da Teoria Sincretista ou da Teoria Processualista, que militava a autonomia do direito processual.¹³

Entretanto, a evolução dos estudos de direito processual possibilitou o entendimento de que o direito material não pode ser qualificado como mera pretensão, já que independentemente da ação do Estado-juiz, ele vai gerar efeitos, desde que observados prontamente pelos particulares. Sem embargo, caso necessário for compelir a observância de um direito, qualquer que seja a sua natureza, o Estado, detentor do monopólio da força, se provocado, agirá por meio de instrumentos pré-estabelecidos, que prescreverão as regras de uma relação jurídica denominada processual.

Importante registrar que, conforme nos alerta Bedaque¹⁴, “não se pode entender autonomia do direito processual como indiferença em relação ao direito material”. E pensar diferente nos levaria a decisões totalmente teratológicas, sem nenhuma sensibilidade à realidade do plano concreto.

Neste diapasão, o processo civil deve sempre procurar garantir a satisfação que o direito material proporcionaria se fosse cumprido voluntariamente. Entretanto, como isso não é possível, meios capazes de atenuar o descumprimento das normas deverão ser disponibilizados aos jurisdicionados.

Essa concepção guia a fase instrumentalista do processo, que nos remete ao dever do processualista de sempre prezar pela efetividade, ao passo que a solução de uma lide deve ser dada no menor tempo possível, mas sem deixar de lado a segurança jurídica.¹⁵ A combinação desses fatores é um desafio imenso, porquanto as normas processuais devem ser sensíveis a cada peculiaridade do direito material que se visa garantir.

Por derradeiro, tem-se propagado na doutrina a existência de uma quarta fase da evolução do direito processual. A essa nova e atual fase foi dado o nome de “Neoprocessualismo”¹⁶, ou de “modelo constitucional de processo civil constitucional”¹⁷, ou

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 1. p. 31.

¹⁴ BEDAQUE apud REDONDO GARCIA, op. cit., p. 324

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

¹⁶ DIDIER JÚNIOR et al, 2011, op. cit., p. 32.

¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 96-117.

ainda “formalismo-valorativo”¹⁸. Basicamente, todas essas denominações seguem para a mesma orientação de que as regras e institutos processuais devem ser remodelados e pensados a partir de princípios, valores e normas constitucionais.

1.2. Acesso à Justiça

O Direito tem evoluído incessantemente, da mesma forma que a própria sociedade. O processo civil, subsistema de destaque para a efetivação de muitas pretensões subjetivas, passou a se importar cada vez mais em possibilitar o acesso real dos cidadãos aos órgãos jurisdicionais, já que não é possível se pensar num Estado Democrático de Direito verdadeiro em que somente alguns conseguem pleitear o cumprimento das leis.

Nesse diapasão, Cappelletti e Garth asseveram que: i) “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”, e ii) “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.¹⁹

Quanto ao primeiro aspecto mencionado, a preocupação inicial foi quanto à incapacidade econômica de muitas pessoas, que não acessavam os órgãos judiciais porque não tinham como assumir as custas de uma demanda. Essa preocupação, bastante pertinente, refletiu em políticas que eliminaram barreiras econômicas para o ajuizamento de ações por aqueles de menor poder econômico, como ocorreu no Brasil, por meio da Lei nº 1.060/50, que disciplina a gratuidade da justiça aos menos abonados, além da criação das Defensorias Públicas.

Mas garantir o acesso inicial se demonstrou incapaz de resolver o problema de concretização do direito em face dos jurisdicionados. Assim, a segunda assertiva lançada passa a abordar outras preocupações, relativas aos mecanismos procedimentais adotados. Nesse sentido:

¹⁸DIDIER JÚNIOR et al, 2011, op. cit., p.32. Mencionando que a teoria é de abordagem original de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 08.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva.²⁰

As formas de resolução de conflito, seja pela forma jurisdicional convencional ou por outros meios, devem proporcionar uma resposta rápida e eficaz aos demandantes, sob pena dos litigantes de má-fé conseguirem, por meio do Estado, o seu indulto; além do desestímulo dos carentes de uma tutela, que acabem por desistir do pleito ou aceitar acordos desfavoráveis.²¹

Numa outra abordagem, como bastante explorado na obra de Cappelletti e Garth, o enfoque ao acesso à justiça pode ser feito diante de três importantes fases de ampliação do efetivo acesso, ordinariamente denominadas de “ondas”, que surgiram de posicionamentos desenvolvidos no mundo ocidental e que refletem a preocupação com a própria efetividade do processo.²²

A primeira onda, como já dito anteriormente, diz respeito à assistência judiciária para os mais pobres, com mecanismos como a dispensa de recolhimento de custas judiciais pelos mais carentes e oferecimento pelo Estado de defensores custeados por ele.

Com um enfoque diferente da primeira onda, a segunda onda diz respeito à representação dos interesses difusos e coletivos, o que permitiu a implementação de mecanismos coletivos de representação processual, o que modificou a antiga noção processualista de legitimidade e interesse e, sem dúvida, criou um ótimo remédio para as moléstias das sociedades de massa.

Por fim, a terceira onda, que abrange as duas primeiras, é denominada de “um novo enfoque de acesso à justiça”, e “se preocupa principalmente com o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e, mesmo, prevenir disputas nas sociedades modernas”.²³

²⁰ Ibidem. p. 12.

²¹ Ibidem. p. 20.

²² Ibidem. p. 31.

²³ BEDAQUE, 2011, op. cit., p. 69.

1.3. Efetividade e formalismo processual

O aumento do acesso real à justiça, por meio da destruição de inúmeras barreiras iniciais, como, por exemplo, no que diz respeito às custas judiciais, gera um efeito um tanto quanto negativo, que é a sobrecarga de demandas para a apreciação do Judiciário.

Diante desse desafio, verifica-se que, além de se assegurar os direitos e a sua proteção, é necessário também garantir o bom funcionamento de um sistema capaz de solucionar os conflitos, por meio de órgãos preparados e técnicas adequadas. Nesse ponto, nota-se que a eficiência de um conglomerado de normas processuais aproxima o veredicto de uma maior efetividade.²⁴

O processo efetivo “é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”²⁵

Como aponta Scarpinella, a efetividade é um princípio que tem substrato também na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, que dita que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²⁶ Além disso, os incisos LIV, LV e LXXVIII, do mesmo artigo 5º, que tratam do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além da duração razoável do processo, também estão relacionadas ao princípio da efetividade.

O mencionado autor ainda destaca que, no que concerne à tutela específica, ora estudada e disposta principalmente nos artigos 461 e 461-A, “não há como negar que aqueles dois dispositivos legais são prova segura da concretização, no plano infraconstitucional, do princípio da efetividade da jurisdição”.²⁷

Barbosa Moreira, importante doutrinador do tema da efetividade processual, entende que o processo jurisdicional efetivo deve: a) dispor de instrumentos de tutela adequados à pretensão, previstos em lei ou inferíveis do sistema; b) possibilitar a utilização dos instrumentos previstos; c) possibilitar também a completa investigação e conhecimento da realidade dos fatos causadores do conflito; d) proporcionar um resultado passível de

²⁴ Ibidem. p. 62.

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

²⁶ BUENO, op. cit., p. 160.

²⁷ Ibidem. p. 162

aproveitamento útil à parte vitoriosa; e) ser concluído com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.²⁸

Conforme essa exposição, pode-se extrair que a efetividade vai desde o momento pré processual ou externo ao processo, com a formulação de leis capazes de prescrever mecanismos certos para a pretensão do jurisdicionado; passa pela possibilidade de acesso ao Judiciário; permeia no âmbito do processo com a necessidade de uma cognição adequada; e termina com um provimento que tenha capacidade de produzir efeitos aproveitáveis. Não se pode olvidar que, apesar dessas circunstâncias, nada será válido se o trâmite seja muito delongado e oneroso.

Ainda sobre o tema da efetividade, Bedaque expõe que o “acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema dotado de técnicas adequadas proporciona”.²⁹

Os procedimentos adotados, nessa linha de raciocínio, devem sempre estar atentos às peculiaridades do direito material, pois, como já dito, o processo deve ser visto como um instrumento, um fim-meio, e não um fim em si mesmo, em que pese a importância de regras formais para a segurança jurídica.

Além disso, os processualistas devem sempre buscar fórmulas que importem na simplificação do procedimento, eliminando excessos que eventualmente podem ocorrer da estrita observância da forma, e que atrapalham o ordinário desenvolvimento do processo.³⁰

O formalismo é importante para a própria segurança e confiabilidade do processo. Entretanto, os instrumentos devem atuar segundo a técnica adequada e apta a atingir os fins almejados pelos jurisdicionados. “Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo.”³¹

A flexibilização processual surge, então, como grande solução para os entraves que possam ser enfrentados pelo juiz, sempre em busca de atingir o fim maior do processo, em detrimento das fórmulas prescritas em lei. As regras do procedimento, imprescindíveis, não podem delongar demasiadamente e injustificadamente o processo, ao passo que, se

²⁸ MOREIRA apud BUENO, op. cit., p. 162-163.

²⁹ BEDAQUE, 2011, op. cit., p. 62.

³⁰ Idem, 2010. p. 25

³¹ Ibidem. p. 45

respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, nada impede a aceleração do processo, por meio, inclusive, da supressão de atos desnecessários.³²

Nessa toada, o processo deve ser mais breve quando se tratar de situações urgentes, restringir instrumentos de defesa quando provas do direito subjetivo forem pré-constituídas, ou mesmo aumentar o momento de produção de provas quando necessário for para a cognição do juiz.

Os novos direitos exigem sempre novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis.³³

E as peculiaridades do procedimento a ser adotado estão intimamente ligadas ao direito material, que nunca pode ser desprezado. Barbosa Moreira, em passagens em que o autor discorre acerca da efetividade, assevera que:

Aqui se tornam indispensáveis duas ressalvas, a fim de prevenir mal entendidos. A primeira é esta: o processualista não está dispensado de dedicar atenção a um problema pela simples circunstância de que a respectiva solução depende também – ou mesmo principalmente – de fatores estranhos ao universo da sua disciplina, ou, quem sabe, em termos mais genéricos, ao mundo do direito. Por menor que se afigure o provável relevo da sua contribuição, corre ao processualista o dever de prestá-la. Cumpra-lhe apenas, por outro lado, tomar consciência clara das limitações a que está sujeito, para não incidir na ingenuidade de pensar que lhe é possível desatar todos os nós com os meros instrumentos próprios do seu ofício.³⁴

Dessa forma, no que tange ao tema tratado no presente trabalho, o juiz deverá estar atento às peculiaridades do pedido correspondente à tutela específica, de modo que, conforme prevê os parágrafos 3º e 4º, do artigo 461, do CPC, poderá a astreinte ser cominada em sede liminar, com ou sem audiência de justificação, ou mesmo na sentença.

³²Ibidem. p. 52.

³³CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 69.

³⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

1.4. Influência do direito material sobre o processo e as escolhas das partes – “trade-off”

De acordo com a concepção mais atual acerca do processo, tido como um instrumento para a efetivação do direito material, podemos acolher a premissa de que “o próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea”³⁵.

Por assim dizer, as leis passam a ter suma importância para o próprio desenvolvimento de uma lide, que, como já dito, reflete o direito material descumprido ou ameaçado.

As leis, entretanto, do modo em que são elaborados no atual sistema jurídico, não só brasileiro, mas de muitos países, deixam algumas questões passíveis de indagação. O que se verifica, sistematicamente, é que o Poder Legislativo não tem servido aos anseios gerais da população ou a um objetivo comum da nação. O Congresso Nacional, ao que parece, está fragmentado e organizado de acordo com interesses econômicos, religiosos e políticos. Há uma espécie de “feudalização” do Parlamento.

Dessa forma, a elaboração de textos legais somente observa aquilo que a classe mais interessada e com o maior número de aliados propõe. Legisla-se conforme os interesses particulares. Não há mais ideologias partidárias que estancam os interesses dos representantes do povo. A saber, não se sabe se eles representam o povo ou alguns interesses sócio-econômicos de poucos particulares, geralmente com maior poder de barganha.

Como advertem Cappelletti e Garth, “é preciso que se reconheça que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais”³⁶.

E, diante desse quadro de muitas leis injustas, inúmeras conseqüências acabam atingindo a aplicação do direito e as escolhas das pessoas naturais e jurídicas.

Assim, escolhe o particular qual caminho ele adotará para a concretização de seus atos, de acordo com normas que mais beneficiam seu interesse. E, agindo assim, o risco de prejuízos para outras pessoas pode ser potencializado, pois uma lei pode beneficiar uma classe (representada no Congresso) em prejuízo de outra.

³⁵ BEDAQUE, 2011, op. cit., p. 14.

³⁶ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 161.

Por outro lado, não se pode olvidar que o acesso à justiça e às próprias garantias que o conhecimento das leis proporciona, está diretamente relacionado à “capacidade jurídica”, que se envolve com as “vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social”³⁷.

Ou seja, muitos fatores podem influenciar a tomada de decisão das partes, dependendo da visão que se tiver do contexto em que a relação estiver acontecendo, o que abrange aspectos objetivos e subjetivos.

É importante ressaltar que a “reivindicação de muitos direitos muitas vezes exige qualificação técnica relacionada a áreas estranhas ao direito, como contabilidade, economia, engenharia, medicina etc.”³⁸ E os operadores do direito devem ser sensíveis a este fenômeno, pois a questão objeto da lide poderá ser resolvida, com o apoio do direito processual, por meio de conceitos que dizem respeito a uma área específica de conhecimento. Por isso, tem sido cada vez mais recorrente a estipulação de convenções de arbitragem, com a indicação de árbitros com conhecimento específico.

As experiências de negociações em massa e fora do âmbito judiciário, como no caso da atuação do *Ombudsman* do consumidor, na Suécia³⁹, também podem ser importantes para desafogar o sistema e, ao mesmo tempo, garantir melhores possibilidades às partes.

Por meio desse expediente, podem os consumidores ou órgãos de representação de consumidores dialogarem com as grandes empresas, ou grupo de empresas de um mesmo ramo, acerca de inúmeras condições que geralmente são recorrentes nos contratos-padrão. Em um sistema parecido com as convenções trabalhistas, grosso modo, poderiam, por exemplo, as instituições fornecedoras de crédito e financiamento, formularem com os representantes dos consumidores, cláusulas modelo, que afastassem a abusividade que muito se discute no Judiciário.

Deste modo, muitas demandas poderiam ser evitadas ou simplificadas, da mesma forma que o julgamento de demandas repetidas, nos moldes do Artigo 543-C, do CPC tem proporcionado, já que as orientações possibilitam a uniformização do entendimento jurisprudencial, assim como a edição de Súmulas.

³⁷ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 22.

³⁸ Ibidem. p. 52

³⁹ Ibidem. p. 54

1.5. “Crise do processo” e sofisticação dos instrumentos processuais

O Direito, como ciência social e mecanismo de controle do Estado de Direito, necessita de mecanismos efetivos para a concretização e aplicação das normas. Não basta a existência de normas gerais e abstratas se não existirem meios eficazes de torná-las individuais e concretas. Assim, surge o processo como mecanismo de efetivação do direito, um instrumento disponível a todos aqueles que tiverem algum direito ameaçado ou violado. Trata-se, nas palavras de Bedaque, de “um método de trabalho estabelecido pelo legislador, para possibilitar a eliminação das crises de direito material pela função jurisdicional do Estado”.⁴⁰

O processo civil tem enfrentado, nos últimos tempos, inúmeras questões relacionadas ao desafio de melhorar a prestação jurisdicional. A disciplina, enquanto ciência, deve superar vários obstáculos e gargalos que passam a surgir com o desenvolvimento da própria sociedade. Velhas preocupações passam a ser ultrapassadas, ao passo que outras sempre surgem.

Nessa toada, o fato é que os sistemas jurídicos são sistematicamente bombardeados por inovações do “mundo real”. E isso resulta num déficit, como aponta o mencionado autor, utilizando-se das lições de Antônio César Peluso:

Como nem sempre o legislador acompanha a evolução da sociedade, verifica-se muitas vezes o fenômeno da Crise do Direito, representado pelo conflito entre os fatos e as normas, ou, se a não correspondência entre as categorias jurídicas e a realidade social.⁴¹

Noutras palavras, as situações fáticas são muito dinâmicas e o direito, como ciência reguladora das condutas humanas, tem de socorrer ao que de novo se pratica. E, nessa “perseguição” que o direito sempre empreende, muita discussão é construída nos meios acadêmicos e também nos tribunais, ao passo que “nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica”.⁴²

⁴⁰ BEDAQUE, 2011, op. cit., p.20.

⁴¹ Ibidem. p. 12.

⁴² CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 07.

Além da crise das próprias regras de direito, muito em voga no meio acadêmico é a denominada “crise da Justiça”. Justiça, em termos concretos, se relaciona mais aos órgãos jurisdicionais, aos tribunais e suas instâncias de acesso. O que se nota é que o volume de demandas é cada vez maior, enquanto que a capacidade de resolução de conflitos continua a mesma ou pouco maior que outrora.

Bedaque, nessa mesma linha de raciocínio, salienta que “além de a estrutura permanecer praticamente inalterada, são empregados métodos de trabalho ultrapassados”.⁴³ De fato, do modo como tem sido enfrentado o aumento do número de demanda pelo Poder Judiciário, em muito estará prejudicada a celeridade e a própria efetividade processual.

Discute-se em todos os âmbitos, muitos problemas estão sendo apontados. Alguns afirmam que o modelo processual vigente precisa ser totalmente modificado, ao passo que outros negam a necessidade de mudança radical, mas apenas pontual.

Como apontam alguns processualistas, o modelo clássico processual não mais consegue satisfazer aos anseios jurisdicionais da realidade brasileira. Alguns procedimentos que estão consagrados na prática forense não são capazes de conceber a eficácia a que se espera, mormente no que toca à duração do processo e a satisfação da pretensão do jurisdicionado. O processo clássico pensado de forma artesanal não é capaz de atender às novas tendências de demandas de massa.

A própria utilização formalista ou equivocada dos instrumentos processuais, tanto por meio da atuação dos advogados que manejam instrumentos errados, bem como na atuação menos eficiente dos juízes, agrava a morosidade para a resolução dos conflitos, já afetada pelo grande número de demandas.⁴⁴

Nesse sentido é que se verifica sempre a necessidade de adaptabilidade dos procedimentos previstos em leis. A saber, a adaptabilidade ou também elasticidade processual, é um importante princípio que rege o processo civil moderno, que o deixa mais flexível e atento às circunstâncias apresentadas pela relação substancial, visto que não mais se admite o cumprimento cego de um procedimento rígido e único.⁴⁵

⁴³ BEDAQUE, 2010, op. cit., p. 21.

⁴⁴ Ibidem. p. 32.

⁴⁵ BEDAQUE, op. cit., 2011. p. 74.

Sob essa perspectiva de necessidade de adaptabilidade é que os juristas têm ao seu alcance, por exemplo, técnicas como o julgamento antecipado da lide (artigo 330, I, do CPC) ou mesmo o julgamento “antecipadíssimo”, quando da rejeição liminar da demanda, nos termos do artigo 285-A, do CPC.

Além dessas possibilidades que refletem abreviamentos nos procedimentos ditos clássicos, à luz do princípio da adaptação, também é importante a própria disciplina de novos procedimentos, sensíveis às peculiaridades do direito material em questão, o que importa numa nova proteção da via processual às tutelas diferenciadas.⁴⁶

Sob essa ótica é que o legislador brasileiro empreendeu a reforma do CPC quanto à disciplina das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, por meio das Leis de nº 8.952/94 e 10.444/02.

A nova execução de obrigações específicas inaugurou formalmente a possibilidade da utilização de medidas de apoio para a satisfação plena da pretensão credora, por meio de instrumentos de coerção e sub-rogação, previstos nos artigos 461 e 461-A, do CPC.

Dessa feita, o instituto a que se visa estudar mais detidamente nesse trabalho, qual seja, a multa periódica, também denominada astreinte, justamente disponibiliza no nosso ordenamento jurídico processual a possibilidade da utilização de um mecanismo não sancionatório, mas indutivo e coercitivo, com potencial de eficácia muito grande. Com o manejo do referido expediente, a pretensão jurisdicional acaba por ficar muito próxima de seu objetivo.

Todavia, seria de pretensão muito aquém de nossa capacidade propor uma solução para todos os problemas que afligem o funcionamento processual das medidas de apoio, que abrangem a astreinte. Assim, furtando-se das sábias palavras de Barbosa Moreira⁴⁷, é bom que se diga que este trabalho está longe de inovar, mas apenas de propor uma nova sistematização

⁴⁶ Ibidem. p. 76.

⁴⁷ “Não sou muito amigo de reviravoltas sensacionais: a esta altura da vida, já tendo assistido a várias que como tais se apresentavam, sei que é tão vã quão a pretensão de traçar o plano definitivo de regeneração do universo ou mesmo do País. Acredito mais na eficácia daquelas ‘revoluções moleculares’ a que aludia Péguy, em que atuam por dentro das estruturas, tentando antes aprimorá-las que destruí-las” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar de novo século*. In.: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1994. Quinta série. p. 37.)

do tema que será abordado, na tentativa de apresentar algumas interpretações mais recentes que tem se dado aos institutos analisados.

2. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS

2.1. Obrigações de fazer, não-fazer e de dar

O termo “obrigações”, muitas vezes empregado de forma lata no ordenamento jurídico, não pode ser confundido com um dever jurídico, ou um estado de sujeição. Na verdade, a obrigação, em seu sentido técnico, é apenas uma espécie de dever jurídico.⁴⁸

E, para fins de classificação e localização das obrigações na ciência do direito, insere-se essa matéria como uma das quatro categorias clássicas de direito privado, ao lado do direito das coisas, direito de família e direito de sucessão.

Pois bem, Direito das Obrigações é o ramo do Direito Civil que se ocupa dos vínculos jurídicos, de natureza patrimonial, que se formam entre sujeitos determinados para a satisfação de interesses tutelados pela lei.⁴⁹

A obrigação, por sua vez, pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal.⁵⁰ Aquele que detém o direito subjetivo de exigir uma obrigação é tido como sujeito ativo, credor. De outra banda, está o sujeito que tem o dever de cumprir com algo estipulado, denominado de devedor. Entretanto, a maioria das obrigações é complexa, quando ambos os sujeitos tem direitos subjetivos em face do outro. Isso faz com que a perspectiva de quem é sujeito ativo ou quem é sujeito passivo na relação varie e somente quando surge o inadimplemento é que as posições são reveladas.

Dentre os elementos de uma obrigação, tais como: sujeitos, objeto e conteúdo, importa-nos ao presente trabalho principalmente o objeto.

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 126.

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 15.

Por objeto de uma obrigação compreende-se a ação ou omissão do devedor, denominada de prestação.⁵¹ Pois bem, a prestação deve ter conteúdo patrimonial para que seja considerada como uma obrigação, independente de qual forma ela assumir. Dispensar o caráter patrimonial de uma prestação dificultaria muito a coação jurídica no caso de um inadimplemento.⁵²

Vem do direito romano a classificação das obrigações conforme o tipo do seu objeto, tripartindo-se nas modalidades de *dare, facerepraestare*.⁵³ Essa classificação se aproxima também da classificação que divide as obrigações em positivas (fazer e dar) e negativas (não fazer).

Hodiernamente, a clássica classificação romana apenas foi adaptada no que toca à modalidade de *praestare*, visto que a evolução do conceito de obrigações culminou no entendimento de que qualquer obrigação carrega um dever de prestação. Desse modo, tem se preferido denominar a terceira modalidade como obrigação de “dar” (artigo 233 e seguintes do CC) ou “entregar coisa” (artigo 461-A do CPC).

Como bem aponta Rizzardo, “a classificação tríplice das obrigações se insinuou em todo o direito brasileiro, a ponto de se formarem instrumentos para o seu cumprimento e execução, como se verifica no Código de Processo Civil (...)”.⁵⁴

Dessa forma, pode-se classificar as obrigações em negativas, quando relacionadas a um dever de não fazer, e positivas, quando remeterem a uma prestação de dar ou fazer algo. As prestações de dar, por sua vez, subdividem-se em obrigações de entregar ou restituir coisa, bem como em dar coisa certa ou incerta.

As obrigações de fazer podem ser de caráter pessoal ou não, sendo, respectivamente, infungíveis ou fungíveis. Essa distinção é muito relevante, na medida em que se tratando de obrigação infungível, diminuem-se as possibilidades de utilização de diferentes meios coercitivos para o cumprimento da obrigação, restringindo-se, basicamente à cominação da astreinte.

⁵¹ Ibidem. p. 23.

⁵² Ibidem. p. 24.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

⁵⁴ Ibidem. p. 56

Assevera Orlando Gomes que as prestações de dar coisa consistem na **entrega deum bem**, “seja para transferir a propriedade, seja para lhe ceder a posse, seja para restituí-la”.⁵⁵

Já a prestação de fazer algo está relacionada à **“entrega” de um fato**, pois o que está em pauta é a atividade pessoal do devedor.⁵⁶ Importante ressaltar que na maioria das vezes a prestação de um fazer é *intuitu personae* e fatalmente será convertida em perdas e danos, no caso de inadimplemento. Nesse ponto é que medidas coercitivas como a estudada nesse trabalho são de suma importância para se conseguir satisfazer a obrigação específica, de modo a evitar a conversão em perdas e danos.

Por derradeiro, no que toca às prestações negativas, estas constituem objeto das obrigações de não fazer. “A prestação negativa pode consistir numa abstenção ou num ato de tolerância”.⁵⁷ Trata-se, em uma última análise, de uma omissão por parte do devedor.

2.2. Tutela jurisdicional específica

O tópico anterior abordou a classificação do direito civil para as obrigações. Observou-se que as obrigações podem ser de fazer, não fazer ou de dar coisa. Entretanto, embora à primeira vista o Código de Processo Civil adote essa classificação, referido diploma processual tem uma abordagem um pouco diferente da utilizada pelo direito material.

Com efeito, as obrigações são tratadas pelo CPC de um modo peculiar, conforme a natureza da obrigação. Nesse sentido, a execução de uma obrigação inadimplida ganha um tipo de procedimento diferente, conforme o tipo de seu objeto, o título que lastreia a obrigação, o valor da obrigação etc.

Assim, quando não há o cumprimento espontâneo de uma obrigação, tem o credor o expediente de exigir o cumprimento coativo da obrigação. Trata-se de uma faculdade de executar que, na expressão consagrada de Von Tuhr, nada mais é do que uma “seqüela natural do crédito”.⁵⁸

Nesse ponto, existem dois modos pelos quais poderá o credor exigir o seu direito, i) por meio de uma execução específica; ou ii) por meio de uma execução genérica.

⁵⁵ GOMES, op. cit., p. 47.

⁵⁶ Ibidem. p. 48.

⁵⁷ Ibidem. p. 51.

⁵⁸ Ibidem. p. 212.

Na primeira opção, o credor pretende conseguir exatamente a prestação que fora avençada pelas partes. Dessa forma, vai requerer ao Estado uma ordem para que aquela obrigação específica seja cumprida.

Pela segunda opção, a de executar genericamente o devedor, o credor se dará por satisfeito quando conseguir o equivalente monetário do valor que a obrigação tinha, visto que qualquer obrigação tem o caráter patrimonial, como já explorado supra. Ou seja, o credor vai perquirir o patrimônio do devedor para satisfazer a sua pretensão, mas não vai requerer somente a execução de determinada obrigação específica.

De nada adianta o credor ter direito ao seu crédito se ele não tiver um título executivo. Nesse diapasão, ou ele se valerá de um título executivo extrajudicial, que ensejará uma ação de execução, ou, por outro lado, terá que pleitear do Estado-juiz um provimento (uma manifestação) que lhe garanta a executividade da sua pretensão.

De posse do título, inicia-se a execução e, conforme for a execução genérica ou específica, o processo irá variar de finalidade e de meios.⁵⁹

A explicação para a especificidade de determinadas obrigações vem do próprio direito material, como já apontado.

Dessa forma, importante se entender o que realmente significa a expressão “tutela jurisdicional específica”. E, adotando-se o conceito derivado das lições de Chiovenda, tem-se que a jurisdição é:

Uma das funções do Estado, mediante a qual esse se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo substancial válida para o caso concreto – seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito dita.⁶⁰

Assim, tutela jurisdicional é a prestação que o jurisdicionado pleiteia junto ao Estado, que, por meio da sua atividade jurisdicional, irá apreciar o pedido, para ao final de um processo, dar um veredicto, que deverá ser cumprido.

A tutela jurisdicional impescinde da fixação do objetivo do processo, para que seja possível se atingir os escopos que o processo deve sempre assegurar: social, político e jurídico.

⁵⁹ Ibidem. p. 214.

⁶⁰ CHIOVENDA apud YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 16.

E sobre o escopo jurídico, acerca da aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, importante que o processo ofereça instrumentos específicos e compatíveis com o objeto que procura o autor da demanda. Em outras palavras, como já explorado nos capítulos introdutórios, o direito processual deve ser um instrumento para a consecução da justiça, devendo não ser um fim em si mesmo, mas um fim capaz de alcançar o objeto de direito material que lastreia a gênese do conflito. Desse modo, o objeto da relação jurídica deve ser o ponto de partida para a análise de qual instrumento será o mais adequado para veicular a apreciação do requerimento feito ao detentor do monopólio da jurisdição, o Estado.

A especificidade da tutela jurisdicional, como bem aponta Yarshell, tradicionalmente é tratada pela doutrina no âmbito da tutela executiva. Como alerta referido autor, o que torna específica a execução é a “especificidade do objeto do direito a ser satisfeito, de sorte que os meios executivos atuam diretamente sobre o objeto do direito exequendo ou sobre a coisa devida (...)”.⁶¹

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que na execução por quantia certa, que é o bem fungível por excelência, o dinheiro, não há especificidade alguma no objeto.

Entretanto, quando se trata de uma obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa, independentemente do grau de fungibilidade, a característica *intuitu personae* ou da coisa acaba por conferir uma especificidade que restringe a possibilidade de satisfação da obrigação, na forma original como foi pactuada.

É bom que se assente que “o sistema de tutelas estabelecido pelo artigo 461 não se limita às obrigações propriamente ditas”.⁶² Por assim dizer, estende-se a interpretação dos termos obrigações de não fazer e fazer a todos os deveres jurídicos que possam ser exigidos desse modo, ou seja, por meio de um fazer ou não fazer.

Como o processo tem evoluído cada vez mais no sentido da maximização dos seus resultados e da efetividade, abandona-se cada vez mais o ideal liberalista que impedia a coerção dos devedores, bem traduzida pela expressão “*nemo ad factumpotestcogi*”, para possibilitar a execução específica das obrigações, evitando a não quista conversão em indenização pecuniária.

⁶¹ YARSHELL, op. cit., p. 33.

⁶² TALAMINI, op. cit., p. 127. O autor cita que este é o posicionamento de DINAMARCO, WATANABE, ZAVASCKI, MARINONI e OVÍDIO BAPTISTA.

Essa concepção ilustra muito bem a impossibilidade de automática conversão de certas tutelas em uma tutela sub-rogatória, por isso a grande importância da tutela jurisdicional específica.

Sobre o tema tutela específica, faz-se importante enaltecer a classificação oferecida por Marinoni, que sistematizou de forma interessante as tutelas específicas, conforme as suas peculiaridades. Nessa toada, sugeriu o autor as seguintes categorias: tutela inibitória, tutela preventiva executiva, tutela reintegratória, tutela ressarcitória e a tutela das obrigações contratuais de fazer e não fazer na forma específica.⁶³

Em apertada síntese, a tutela inibitória visa a impedir a prática, continuação ou repetição de um ilícito, conservando o direito protegido; a tutela preventiva executiva é a que utiliza-se de meios executivos para evitar ou cessar o cometimento de um ilícito; a tutela reintegratória visa a eliminar uma situação de ilicitude por via executiva direta; a tutela ressarcitória se faz para reparar danos; e a tutela das obrigações contratuais de fazer e não fazer na forma específica se ocupam com a proteção do que fora avençado contratualmente.

Entretanto, a importância das tutelas específicas não era evidenciada pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, ao passo que a própria classificação dos provimentos não abarcava com propriedade as decisões que determinavam o cumprimento de obrigações específicas. Hodiernamente, existe um provimento, o mandamental, que engloba os reclames da tutela específica, que será tratado a seguir.

2.3. Dos provimentos mandamentais

Vários são os critérios para qualquer tipo de classificação. E não é diferente no campo do Direito, tampouco no Direito Processual Civil. Nesse contexto, faz-se menção à classificação das ações e também dos provimentos jurisdicionais.

Classicamente, segundo os ensinamentos da doutrina italiana e principalmente de Liebman, a classificação das ações que ganhou mais prestígio foi a que se baseia na natureza do provimento requerido.⁶⁴ Referida classificação resulta na existência de três grandes categorias de ações, a saber: a ação de conhecimento; a ação de execução; e a ação cautelar.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶⁴ LIEBMAN apud PUOLI, José Carlos Batista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 107.

Pois bem, sem se adentrar no mérito de cada uma das categorias, nos importa para o contexto do presente trabalho apenas a natureza dos provimentos, ou a eficácia dos provimentos. Nesse sentido, a doutrina costumava afirmar que existiam, dentro das ações de conhecimento, provimentos cuja eficácia era invariavelmente declaratória, condenatória ou constitutiva.

Entretanto, como bem aponta Puoli, ocorre que com o desenvolvimento da técnica processual, verificou-se que essa classificação não conseguia abarcar alguns tipos de provimentos, que por vezes implicavam no conhecimento de dada questão, mas que carregavam um imediato conteúdo decisório imperativo, e que dispensava o ajuizamento de ação de execução, e.g, no caso da ação de despejo.

Assim, mencionado autor esclarece que:

Não bastasse a existência de tais provimentos, que não se enquadravam perfeitamente no esquema da tutela de conhecimento do tipo condenatório (corolário é a necessidade de execução autônoma como condição *sine qua non* para a produção de efeitos práticos na vida das pessoas), fato é que se passou a vislumbrar que todos os provimentos contêm, em verdade, mais de um efeito, ou melhor, diferentes eficácias. (...) ⁶⁵

Nesse diapasão, Pontes de Miranda já dizia que “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura.”⁶⁶ Sempre haverão elementos da eficácia que irão preponderar em face de outros também aferíveis.

Ovídio Batista, também no sentido exposto por Pontes de Miranda, afirma que as sentenças emanam “um feixe de eficácias, capazes de serem decompostas, como a luz solar pelo espectro, e onde nenhuma sentença seja concebida como contendo apenas uma eficácia” (...).⁶⁷

Assim surge a concepção na doutrina de que existem duas novas categorias, a saber, da eficácia mandamental e executiva *lato senso*.

Os provimentos executivos *lato senso* são assim denominados porque os seus efeitos são semelhantes aos dos provimentos executivos de ação autônoma, embora estejam

⁶⁵ PUOLI, op. cit., p. 109.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I. p. 137.

⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA apud PUOLI, op.cit., p. 109.

veiculados a uma ação de cunho cognitivo. Por isso, a alcunha de *lato senso*, pois trata-se, na verdade, de provimentos executivos em sentido amplo.

Os provimentos executivos *lato senso* se consubstanciam mediante a utilização de meios sub-rogatórios ou coercitivos diretos. Uma importante diferença para o provimento estritamente executivo é quanto aos meios de defesa que poderão ser empreendidos pelo executado, visto que na hipótese de um provimento executivo *lato senso* não há a possibilidade de oposição de embargos. Pode-se dizer, então, que o provimento executivo em sentido amplo é mais célere e provavelmente mais efetivo às circunstâncias que o reclamam.

Também há uma diferença entre os provimentos executivos *lato senso* e os provimentos mandamentais. Como esclarece Puoli:

Enquanto na execução (estrito ou *lato senso*) o Estado se substitui ao executado na tomada de atos que este poderia praticar, mas que, em virtude de sua inação, acabam sendo praticados pelo juiz e por seus auxiliares, nas ações mandamentais a atividade jurisdicional está direcionada à emissão de uma ordem determinando que o próprio destinatário pratique o ato ordenado, sob pena da incidência de elementos coercitivos diretos que poderão ter conseqüências sobre a pessoa do destinatário da ordem.⁶⁸

Assim, como se induz da própria denominação “mandamental”, esse tipo de provimento consubstancia-se na determinação do juiz para que a parte cumpra determinado comando, sob pena de assumir certo ônus. Por meio desse instrumento, faz-se pressão para o réu cumprir determinada obrigação.

Realizadas as considerações sobre os provimentos, passa-se a se discorrer sobre os meios pelos quais tais provimentos são efetivamente efetivados.

2.4. Meios de execução

A tutela jurisdicional, que, como já apontado anteriormente, é a atividade do Estado para a resolução dos conflitos, não pode ser confundida com as técnicas de tutela jurisdicional.⁶⁹

⁶⁸ PUOLI, op. cit., p. 111-112.

⁶⁹ MARINONI, op. cit., p. 63

De fato, as sentenças e as decisões prolatadas pelos juízes são consideradas como técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional. Entretanto, existem situações que necessitam de meios que possibilitem a execução das decisões, *lato senso*, emitidas pelo Estado juiz. Assim, há casos em que a atividade jurisdicional de conhecimento não é apta a produzir no plano material todos os efeitos que o jurisdicionado necessita, o que faz emergir a necessidade do juiz utilizar de meios executivos, capazes de tutelar efetivamente o direito ameaçado ou lesado.

Surge, nesse ponto, sobre a eficácia dos provimentos constantes na sentença, a noção de satisfatoriedade da sentença. As sentenças não-satisfativas são aquelas que necessitam de meios de coerção ou de sub-rogação para que o direito possa ser efetivamente realizado.⁷⁰

As sentenças de caráter declaratório e constitutivo são, de regra, satisfativas, enquanto que as sentenças condenatórias, mandamentais e executivas *lato senso* são não-satisfativas, por carecer de uma atividade executiva para efetivar a prestação jurisdicional.

Fica nítido, portanto, que há uma diferença entre a natureza do provimento, que no caso das obrigações específicas é de cunho mandamental, e os meios de execução, que são a forma com que o provimento será efetivado.

O próprio texto dos parágrafos do artigo 461 dispõe que o juiz deverá determinar as medidas necessárias para a tutela do direito, o que é um avanço muito grande em termos de efetividade, por dispensar a necessidade de separação da atividade de cognição da atividade executiva, unindo-as na atividade que se finda no provimento mandamental, já com a prescrição do meio que deverá ser observado.

Dessa forma, imperioso se faz discorrer sobre os meios de execução, o que possibilita compreender os mecanismos capazes de efetivar os provimentos correspondentes à tutela específica.

“Os atos executivos se encadeiam e se articulam em grandes operações, chamadas de meios executórios.”⁷¹

Para melhor se entender acerca dos meios de execução, necessário se faz saber de qual objeto está se tratando. Nesse ponto, dependendo do objetivo colimado, seja o *corpus*, *genus* e *facere*, o meio de execução será diferente.

Dessa forma, a natureza do bem e o envolvimento ou não do executado constituem os fatores imprescindíveis para uma classificação dos meios executórios.

⁷⁰ Ibidem. p. 65.

⁷¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

E, diante desse cenário, classifica-se os meios executivos em duas classes fundamentais: a sub-rogatória ou direta, que prescinde da colaboração do executado; e a indireta, que incita o executado, por meio de coerção, a cumprir por seus próprios esforços, a obrigação.

A primeira modalidade, de execução direta, é muito bem explicada por Araken de Assis, que enumera inclusive os meios com que se efetiva tal classe de execução:

A sub-rogação abrange a expropriação (art. 647 do CPC) o desapossamento (art. 625) e a transformação (art. 634). No contexto da expropriação, cumpre distinguir o desconto (art. 734), e, como o exemplo da execução comum da obrigação pecuniária acima indicou, a alienação (art. 708,I), a adjudicação (art.708, II) e o usufruto (art. 708, III). O uso desses mecanismos segue a ordem sugerida pela seriação dos incisos do art. 647, na redação da Lei 11.382/2006.⁷²

O exemplo da execução comum citado pelo autor se refere ao caso de execução de quantia certa contra devedor solvente, na qual pouco importa a vontade do devedor quanto ao adimplemento da dívida, visto que o ordenamento tem meios de execução forçada que permitem ao exequente tomar dinheiro do devedor, adjudicar os seus bens e até mesmo usufruir por determinado tempo de bens do devedor (artigo 708, do CPC). Esses expedientes estão apoiados pela penhora on-line de quantia, hasta pública e outras medidas.

Entretanto, nem todas as tutelas jurídicas no âmbito do processo civil são satisfeitas por meio do pagamento de dinheiro ou equivalente. Há casos em que a tutela requerida deve ser somente aquela especificada pelo interessado, como já exposto no presente trabalho.

Nesses casos, muito mais efetiva é a utilização de meios de execução indireta, que agem por meio de coerção contra o devedor. Esse tema merece destaque, razão por que será tratado no tópico seguinte.

2.5. A coerção no processo civil brasileiro

A decisão, seja ela executiva *lato senso* ou mandamental, pode estar acompanhada por um mecanismo coercitivo estimulador ou desestimulador. O primeiro tende a oferecer

⁷² Ibidem. p. 131.

vantagens para o devedor que, antes do vencimento do prazo estipulado pelo juiz ou pela lei, cumpre com a prestação pactuada numa obrigação; enquanto que o segundo estipula uma sanção para o caso de não cumprimento da obrigação dentro do prazo estipulado.

A coerção pode assumir caráter patrimonial, como no caso da astreinte (artigo 461, do CPC); ou mesmo um caráter pessoal, no caso de prisão civil do devedor de alimentos (artigo 733, §1º, do CPC).

Tais meios são muito eficazes e às vezes encurtam muito a efetiva prestação jurisdicional.

Didier Júnior, citando passagens da obra de Norberto Bobbio, expõe que:

Para tornar a ação difícil ou desvantajosa, quando não desejada, ou fácil ou vantajosa, quando desejada, o ordenamento jurídico busca “influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento”. Vale-se o ordenamento de medidas indiretas.⁷³

Como medidas desencorajadoras, podemos citar a prisão civil por não pagamento de pensão alimentícia, a multa por não pagamento prevista no artigo 475-J e a astreinte para casos de obrigação específica.

Dentre as referidas medidas coercitivas desencorajadoras e pecuniárias, interessante a comparação entre os mecanismos utilizados pelos ordenamentos francês (copiado pelo Brasil), alemão e da *common law*.⁷⁴

Nesse compasso, é oriunda da jurisprudência francesa a utilização de multa pecuniária por período de descumprimento, a astreinte, objeto desse trabalho. Na Alemanha, há a possibilidade de cobrança de uma multa pecuniária e, no caso de impossibilidade do seu pagamento, converte-se em ameaça de prisão, mas com limites de valor e tempo.⁷⁵ Por fim, na *common law*, há a previsão do *contemptofcourt*, que abrange diversas modalidades, dentre penal e civil, e que podem se assemelhar a astreinte brasileira, no caso de sua modalidade civil inibitória, como se verá mais adiante.

Por outro lado, é medida coercitiva que encoraja o devedor, “o direito potestativo ao parcelamento da dívida executada”, na forma do artigo 745-A, do CPC.⁷⁶ No mesmo sentido, o abatimento das custas processuais e honorários advocatícios, no caso do pagamento voluntário, no prazo de quinze dias, do valor cobrado por meio de ação monitória, nos termos

⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5. p. 37.

⁷⁴ ASSIS, 2009, op. cit., p. 133.

⁷⁵ Ibidem. p. 133.

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR et al., 2012, op. cit., p. 37.

dos artigos 1102-b e 1102-c, do CPC também encoraja o adimplemento, da mesma forma que também constitui prêmio encorajador a redução, pela metade, dos honorários advocatícios na execução fundada em título extrajudicial, para a hipótese de pagamento até o prazo de três dias após a citação (Art. 652-A, parágrafo único).

2.6. Mecanismos de efetivação da tutela específica: medidas de apoio

Como já explorado nos capítulos anteriores, a tutela específica está disciplinada no atual Código de Processo Civil nos artigos 461 e 461-A; e no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84. Dessa forma, o pedido que abrange uma tutela específica deverá observar as disposições desses artigos ou de outros dispositivos de leis específicas, como será mais adiante.

As disposições encontradas no CDC são anteriores à atual redação dos artigos 461 e 461-A, do CPC, já que a atual dicção de referidos dispositivos são advindas das reformas operadas pela Lei nº 8.952/94 e Lei nº 10.444/02. Interessante notar que, antes da última reforma levada a cabo sobre o tratamento dado pelo CPC à tutela específica, a própria redação dos artigos do CPC e o do CDC eram muito parecidas. O que se nota é que o legislador sofisticou a redação dos parágrafos 5º e 6º, do artigo 461, do CPC, além da inovação implementada para a tutela específica das obrigações de entrega de coisa – artigo 461-A, do CPC.

Nesse diapasão, anota-se que são de suma importância para a efetivação das tutelas específicas as medidas de coerção indireta, sub-rogação e coerção direta, previstas nos parágrafos 4º e 5º, ambos do artigo 461, do CPC, bem como os mesmos parágrafos do artigo 84, do CDC; medidas essas que podem ser deferidas na sentença ou também em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

Tais medidas são indispensáveis para a satisfação da pretensão do requerente, uma vez que sem o auxílio de um mecanismo que importe em sanção ou ameaça àquele que descumpre obrigação a que deveria observar, é de se esperar a perpetuação da situação de mora, na medida em que nenhuma modificação efetiva teria sido ocasionada em face do devedor.

Nesse contexto, Theodoro Júnior, citando Ada Pellegrin, aduz que:

Comprometido o processo moderno com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, a lei haverá de propiciar à parte meios imperativos para buscar o resultado prático a que corresponde o direito subjetivo do credor. Variados poderão ser esses expedientes, se a obrigação for fungível, isto é, realizável por ato de terceiro; ficarão, todavia, restritos à cominação de multa (*astreinte*) se, por ser infungível, apenas o devedor puder realizar, pessoalmente, a prestação a que se obrigou.⁷⁷

Pois bem, o parágrafo 4º do artigo 461, do CPC e também o do artigo 84, do CDC, possibilita à parte requerer e ao juiz impor, mesmo de ofício, multa diária ao requerido para o cumprimento de obrigação específica, em prazo fixado. Trata-se da denominada *astreinte*, multa também prevista no artigo 645, do CPC (execução de título extrajudicial), no artigo 52, V, da Lei nº 9.099/95, no artigo 213 da Lei nº 8.069/90 e no artigo 11 da Lei nº 7.347/85.

Mais adiante, referido instituto processual será analisado com mais detalhes. Adiante-se que essa medida não tem caráter sub-rogatório, uma vez que, como tem classificado a doutrina, tratar-se-á de uma medida pertencente aos meios de execução imprópria, “cujos atos não compreendem a realização direta da satisfação do direito subjetivo do credor, mas apenas exercem **coação** para levar o devedor a adimplir”⁷⁸. Sua natureza, portanto, é de coerção indireta, pois incumbe ao próprio demandado cumprir com a obrigação específica.

Além da coerção indireta, pode ser determinado pelo juiz o cumprimento de medidas de caráter sub-rogatório. Essas medidas são previstas no §5º, do artigo 461, do CPC, *in fine*:

§ 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.

⁷⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 35-52, jan./mar., 2002.

⁷⁸Ibidem. Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 155.

Essa redação foi conferida pela Lei nº 10.444/02, que alterou o antigo texto implementado pela Lei nº 8.952/94. Em suma, a nova redação apenas acrescentou a possibilidade de “imposição de multa por tempo de atraso” (medida coercitiva), além da adequação da redação antiga, no que concerne à utilização de força policial para o cumprimento da medida necessária.

É imperioso ressaltar que a doutrina tem entendido que as referidas medidas necessárias apenas constituem um auxílio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, no próprio processo em que se proferiu o provimento concessivo da tutela antecipada ou final.⁷⁹ Noutras palavras, não há como se admitir que as medidas de apoio sejam concedidas em processo outro que não seja aquele em que foi deferida a tutela específica, seja em momento final ou liminar.

Ainda esmiuçando o §5º, observa-se que, inicialmente, o legislador da reforma de 2002 repetiu a previsão da cominação da astreinte como medida de apoio, visto que o §4º, do mesmo artigo 461, do CPC, já previa a possibilidade de sua cominação. A única diferença entre a redação dos §§ 4º e 5º é que neste está prevista a incidência de multa por tempo de atraso, e não por dia de atraso, como previsto no §4º. Esta nova disposição só vem a adequar a previsão normativa acerca da periodicidade para a aferição da multa, uma vez que a própria doutrina já apontava, antes da última reforma de 2002, para a possibilidade de estipulação da multa por período diferente de um dia, tendo em vista a finalidade da astreinte ou mesmo da abrangência ampla que o §5º já apresentava com as medidas necessárias⁸⁰.

Sem embargo, as demais medidas necessárias previstas na parte final do §5º nada mais são do que “medidas de apoio”, que segundo Talamini, são medidas “tendencialmente satisfativas”, de apoio, que não constituem em si mesmas a tutela, mas servem de instrumento para a produção do resultado pretendido.⁸¹

O rol apresentado pelo §5º, do artigo 461, do CPC não é exaustivo, ao passo que medidas atípicas também podem ser determinadas pelo juiz. Essa conclusão decorre da simples leitura do referido parágrafo, que apresenta, antes de descrever algumas medidas, a

⁷⁹ TALAMINI, op. cit., p. 263.

⁸⁰ Ibidem. p. 239. No mesmo sentido: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. *Revista Jurídica*, São Paulo, a. 53, n. 338. p. 20-36.

⁸¹ Ibidem. p. 264.

expressão “tais como”. Essa é a prova de que quis o legislador apenas enumerar alguns exemplos de medidas de apoio passíveis de imposição pelo juiz.

Dentre essas medidas de apoio, pode-se observar algumas de natureza sub-rogatória, que contemplam algumas medidas de cunho coercitivo direto. “Estas não são medidas de antecipação de tutela, mas de resguardo à eficácia das decisões judiciais.”⁸²

Segundo Marinoni, “há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe essa qualificação.”⁸³

Como exemplo de coerção direta, pode-se enumerar a situação em que o juiz, em momento liminar ou ao proferir sentença, determine, em caso que verse sobre concorrência desleal, que o oficial de justiça apreenda e retire cartazes fixados em logradouros. Por outro lado, como medida de sub-rogação, pode o juiz determinar que um terceiro instale filtro em chaminé de fábrica que figure como ré em ação que pretenda a sua condenação ao cumprimento daquela tutela específica. Desse modo, a instalação ocorrerá sob as expensas do demandado⁸⁴.

Sem embargo, por “meios sub-rogatórios entendem-se as medidas que, sem depender da colaboração do devedor, podem levar ao resultado prático desejado”⁸⁵. Como já exposto, nas palavras de Arenhart “a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo”.⁸⁶

O direito anglo-americano é rico em exemplos de medidas sub-rogatórias, as denominadas *injunctions*, que serão tratadas mais adiante, em tópico específico.

É importante destacar, apenas, que não se pode confundir e equiparar essas medidas sub-rogatórias e de coerção com os atos de execução forçada, visto que, como bem explica Barbosa Moreira:

⁸²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 161.

⁸³MARINONI, op.cit., p. 77.

⁸⁴Ibidem. p. 78-79.

⁸⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, p. 65-77, 1995.

⁸⁶ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção Judicial e o cumprimento da tutela específica*. Disponível em: <http://www.academia.edu/214098/A_INTERVENCAO_JUDICIAL_E_O_CUMPRIMENTO_DA_TUTELA_ESPECIFICA>. Acesso em: 14 jan. 2014.

A execução forçada, em sentido técnico, tem como característica a virtude de atuar praticamente a norma jurídica concreta, satisfazendo o credor, independentemente da colaboração do devedor, e mesmo contra a sua vontade, que se despe de qualquer relevância.⁸⁷

A execução forçada clássica se efetua mediante os atos previstos no livro II, do CPC, acerca da execução de título extrajudicial; mas há também os atos processuais de execução forçada de título judicial (cumprimento de sentença) e outros específicos. Em suma, a execução forçada expropria bens do devedor, seja para o cumprimento da própria obrigação específica (e.g. obrigação de entrega de coisa) ou como medida ressarcitória, ao passo que a coerção direta, por exemplo, apenas impõe atos que servirão de apoio à concretização da obrigação específica.

Dentre as medidas nominadas no §5º, do artigo 461, do CPC, que estão dispostas em rol exemplificativo, está a busca e apreensão.

Trata-se de meio coercitivo direto, visto que é uma medida que permite a subtração de bem corpóreo em posse do demandado, que poderá ser imprescindível para se atingir o objetivo principal da tutela específica, situação diferente da busca e apreensão prevista em procedimentos especiais e no artigo 461-A, pois não se trata, como toda medida de apoio, de uma medida-fim, mas somente um meio para a garantia da eficácia do provimento final.

É importante que se separe, nesse diapasão, a busca e apreensão do §5º, do artigo 461, que auxiliar a concretização da tutela específica (que é uma obrigação de fazer ou não fazer) da hipótese prevista pelo artigo 461-A, §2º, que visa atingir justamente o objeto da ação, uma coisa.

Também está previsto no §5º, a “remoção de pessoas e coisas”. Aqui, prescreve a norma a possibilidade de retirada forçada de coisa que é obstáculo a produção de um resultado específico. Não se apreende a coisa, mas somente retira o que está em local indevido, o que pode implicar na retirada de pessoas de uma manifestação ou a desocupação de um imóvel, por exemplo, inclusive com o apoio de força policial (parte final do dispositivo).

⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 218.

Já por desfazimento de obra entende-se a eliminação dos resultados materiais de uma atividade indevida.⁸⁸

Por fim, a última medida de apoio exemplificada no §5º é o “impedimento de atividade nociva”. Esta medida compreende a possibilidade de prescrição pelo juiz de qualquer mandado que impeça a continuação ou mesmo o início de atos que sejam nocivos ao direito do requerente, demonstrada a sua iminência. Como o conceito de atividade nociva é bastante amplo, não há limites objetivos para a atuação do juiz, desde que seja observado o princípio da proporcionalidade, que será adiante explorado.

Portanto, a determinação do juiz que vise a impedir atividade nociva pode ter caráter inibitório, preventivo-executivo ou reintegratória (ou de remoção de ilícito). Ela pode abranger, inclusive, as próprias medidas exemplificadas no §5º, o que demonstra a impropriedade técnica da redação do dispositivo, que poderia deixar de mencionar exemplos, visto que não há tipicidade das medidas a ser cominadas, em detrimento da eficácia processual.

Como exemplo de medidas de apoio atípicas, podemos citar a nomeação de fiscal ou interventor⁸⁹, para cumprir determinações impostas em juízo, nos moldes do que disciplina, por exemplo, a legislação do CADE, acerca da execução específica das decisões daquela autarquia; ou também a divulgação diária em meios de comunicação acerca do descumprimento de ordem judicial (medida coercitiva indireta)⁹⁰.

Apenas há de se mencionar que a nova redação do §5º termina por dizer que o cumprimento de qualquer medida de apoio poderá ser concedido mediante requisição de força policial. Conforme dito anteriormente, essa redação veio a corrigir uma impropriedade semântica da redação anterior à reforma de 2002, visto que a utilização de força policial não é uma medida de apoio, mas um “apoio” à efetivação da medida de apoio, nos casos em que o réu apresentar obstáculo ou dificultar o cumprimento da determinação do juiz.

Quanto aos limites do emprego das medidas de apoio, prepondera o entendimento de que o juiz deverá se pautar pelo princípio da proporcionalidade, ao passo que poderá ser escolhido o cumprimento de medida que implique resultado prático equivalente quando a

⁸⁸ TALAMINI, op. cit., p. 269.

⁸⁹ Ibidem. p. 270 ; MARINONI, op. cit., p. 77.

⁹⁰ TALAMINI, op. cit., p. 163.

obrigação específica for onerar desmedidamente o devedor. Há de se sopesar sempre os valores da efetividade da tutela e o menor sacrifício do réu.

Cada caso vai requerer uma solução mais adequada. Por exemplo, uma obrigação infungível não poderá ser obtida por meio de qualquer medida de sub-rogação, logo, o melhor remédio será a coerção.

Didier, em obra com outros autores, lecionando sobre o caráter balizador do princípio da proporcionalidade, coloca que este:

[...] se revela através de três sub-princípios: (i) sub-princípio da adequação, segundo o qual o meio executivo escolhido pelo juiz deve ser adequado a que se atinja efetivação buscada; (ii) sub-princípio da necessidade (ou da exigibilidade), segundo o qual o meio executivo deve causar a menor restrição possível ao devedor; (iii) sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual o magistrado, antes de eleger o meio executivo, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito.⁹¹

Nada impede, por outro lado, a cominação simultânea de uma medida coercitiva e outra sub-rogatória, conforme salienta Talamini, sustentando-se em lições de Watanabe, Thereza Alvim e Grinover.⁹²

O mesmo autor ainda salienta que:

[...] A via a ser adotada para a efetivação do resultado específico independe do pleito: cabe ao juiz, reconhecendo o direito do autor, adotar as providências adequadas ao caso concreto. *O pedido, nesse caso, é um só: o de obtenção do resultado específico.*⁹³

Conclui o autor que há, portanto, atenuação do princípio da congruência, fenômeno semelhante ao que se verifica no campo das possessórias e cautelares, diante da necessidade de racionalização e operatividade no campo da tutela específica.

⁹¹DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5. p. 437.

⁹²TALAMINI, op. cit., p. 280.

⁹³Ibidem. p. 404-405.

Nesse mesmo sentido, Marinoni aduz que o juiz pode, “em virtude do princípio da necessidade e do poder que lhe é conferido pelos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, conceder providência diversa da pedida”.⁹⁴ E, segundo ele, isso implica na prescrição de medida de apoio mais ou menos gravosa, se o pedido do autor for, respectivamente, insuficiente ou muito oneroso para a concretização da tutela específica almejada.

Ainda sobre o tema das medidas de apoio, observa-se que a redação do §5º do artigo 461, do CPC, prescreve que, em suma, as medidas de apoio poderão ser determinadas pelo juiz “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”.

É crucial apontar a importância que a expressão “resultado prático equivalente” alcança, uma vez que nem sempre a obrigação específica poderá ser cumprida pelo devedor em seus exatos termos.

Nesse diapasão, tem se entendido por resultado prático equivalente a possibilidade de um provimento concessivo de medida que implique na eficácia executiva *lato sensu*.⁹⁵ Ou seja, o juiz poderá determinar o cumprimento de uma medida diferente da que representaria o cumprimento da obrigação específica, mas que se aproxime do resultado que o cumprimento voluntário proporcionaria, evitando a simples e não quista conversão em perdas e danos.

Geralmente, o resultado prático equivalente poderá ser alcançado por meio de medida sub-rogatória, a ser cumprida por terceiro.⁹⁶ Entretanto, nada impede que tal efeito seja obtido por uma medida coercitiva direta.⁹⁷

Finalmente, há de se ressaltar que as obrigações específicas infungíveis não poderão ser efetivadas por meio de medida de resultado prático equivalente, o que significa que sendo a obrigação de infungibilidade natural (característica do devedor) ou convencional (disposição de vontade), somente poderá ser cumprida voluntariamente ou convertida em perdas e danos.⁹⁸

⁹⁴ MARINONI, op. cit., p. 145.

⁹⁵ TALAMINI, op. cit., p. 283.

⁹⁶ Ibidem. p.284.

⁹⁷ MARINONI, op. cit. Passim.

⁹⁸ TALAMINI, op. cit., p. 284-285.

Como exemplo de resultado prático equivalente, podemos vislumbrar o fornecimento de peça específica (mas de natureza fungível) por terceiro, que deverá ser posteriormente ressarcido pelo devedor da obrigação principal. Também se imagina a situação em que o oficial de justiça possa cumprir a determinação de retirada de cartazes fixados em local de propriedade privada cujo proprietário não tenha concedido autorização para tanto. Nesse último caso, a obrigação de não fazer será efetivada diretamente pela Justiça, sem prejuízo do pagamento de eventuais despesas pelo réu (coerção direta).

A incursão sobre o tema das medidas de apoio é importante para delinear a importância que essas medidas têm para a concretização da tutela específica.

Nesse cenário, tem se verificado que, dentre as medidas coercitivas indiretas, a astreinte é a medida mais eficiente na tentativa de se conseguir o provimento requerido no caso das obrigações de fazer e não fazer, tendo em vista o seu alto potencial de coerção, já que tal medida atinge o patrimônio do sujeito descumpridor.

Entretanto, vale advertir que a busca e apreensão é um meio de execução mais eficaz do que a astreinte nas obrigações de entrega de coisa (artigo 461-A, do CPC), visto que a busca e apreensão é uma coerção direta, que independe da colaboração da parte.

Feitas essas considerações, passa-se ao objetivo principal do presente trabalho, que é exatamente explorar a astreinte no processo civil brasileiro, pesquisando-se sobre o seu conceito, histórico, previsão normativa, natureza e vários assuntos controvertidos relacionados à aplicação do instituto.

3. DA ASTREINTE

3.1. Conceito

Em processo civil, pode-se conceituar astreinte como uma medida coercitiva de apoio, compreendida numa prestação pecuniária periódica, contabilizada e exigível após o decurso do prazo estipulado pelo juiz para o cumprimento da sua determinação, que se propõe justamente a impulsionar aquele que deve uma obrigação específica, seja ela uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Tal mandamento jurisdicional pode ser concedido em momento liminar ou final, e, com isso, garante indiretamente a eficácia do provimento requerido por meio do instrumento processual manejado, a ação.

Importante registrar-se o conceito dado pela doutrina francesa. Planiol, partindo das lições de autores franceses do século XIX, ensina que:

On appelle [astreinte] une condamnation pécuniaire, prononcée à raison de tant par jour de retard (ou par toute autre unité de temps, appropriée aux circonstances) et destinée à obtenir du débiteur l'exécution d'une obligation de faire par la manance d'une peine considérable, susceptible de grossir indéfiniment.⁹⁹

Tomando o conceito supra como base, Liebman construiu o seu próprio. Entretanto, o conceito do autor italiano praticamente é uma tradução do conceito de Planiol, como se observa:

Chama-se astreinte a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou 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.¹⁰⁰

No mesmo sentido, Talamini estabelece que astreinte “é a condenação a uma soma de dinheiro fixada por dia de atraso (ou outra unidade de tempo) e destinada a pressionar a parte condenada ao cumprimento de uma decisão do juiz”.¹⁰¹

Apenas há de se observar, acerca dos conceitos supra, que a astreinte pode ser cominada, na atual sistemática processual civil brasileira, não só para as obrigações de fazer,

⁹⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

¹⁰⁰ LIEBMAN apud AMARAL, op. cit., p. 100.

¹⁰¹ TALAMINI, op. cit., p. 50.

mas também para as obrigações de não fazer (negativas) e para a obrigação de entrega de coisa, conforme as modificações mais recentes que deram forma aos atuais artigos 461 e 461-A, do CPC, sem se olvidar da previsão legal de outros diplomas normativos.

Dinamarco enumera alguns efeitos da astreinte para esboçar um conceito da multa e ainda ressaltar a sua importância:

Elas [astreintes] atuam no sistema mediante o agravamento da situação do obrigado renitente, onerando-o mais e mais a cada hora que passa, ou a cada dia, mês ou ano, ou a cada ato indevido que ele venha a repetir, ou mesmo quando com um só ato ele descumprir irremediavelmente o comando judicial – sempre com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo.¹⁰²

Trata-se, portanto, de uma medida de apoio processual que pode encurtar a distancia entre o ajuizamento da ação e a satisfação material, observando as peculiaridades do provimento requerido. Demonstra-se um excelente meio coercitivo, que instiga o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação específica, sob pena de um aumento do valor acumulado da astreinte, a cada instante de atraso.

Esta ferramenta foi implantada com a finalidade de incrementar a efetividade processual. Inclusive, a sua nova modelagem no código de processo não tem muito tempo, já que recentes reformas realocaram as disposições da astreinte no livro I do CPC, enquanto que apenas a hipótese de cominação de multa diária pelo descumprimento de obrigação derivada de título extrajudicial continua no Livro II do atual código.

A referida mudança se deve às recentes reformas operadas no Código de Processo Civil. Tais reformas caminham no sentido de se ampliar a utilização do modelo de execução indireta, na medida em que, com a reforma inicial da Lei 8.952/94, que trata da execução de obrigação de fazer ou não fazer, optou o legislador em dar preferência às medidas de apoio, e.g. astreinte, em detrimento de um sistema ressarcitório que preferiria a expropriação de bens que compensassem a inadimplência obrigacional.

O novo modelo de execução específica permite ao interessado a utilização de medidas que instiguem o cumprimento da obrigação originária, de forma “voluntária” (sem atos de execução forçada). Posteriormente, as medidas de apoio previstas nos parágrafos do

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 535

artigo 461 foram ampliadas para a obrigação de dar coisa, mediante a promulgação da Lei 10.444/02.

Mediante tais reformas, a utilização das técnicas coercitivas se mostrou muito eficaz, pois ela incentiva o cumprimento da obrigação específica, deixando como última medida a conversão da obrigação originária em obrigação de pagar quantia certa, ou seja, na indenização pecuniária pelo descumprimento obrigacional.

Por assim dizer, o nosso sistema atual de execução privilegia o cumprimento da obrigação específica, com métodos coercitivos que abandonam a antiga máxima do princípio romano “*nemo ad factum potest cogi*”, muito bem representada pela redação do artigo 1.142 do Código de Napoleão, *in verbis*, “toda obrigação de fazer ou não-fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de inadimplemento do devedor” (“*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”).¹⁰³

3.2. Histórico

Os meios executivos dos provimentos judiciais já passaram por grandes mudanças. As sociedades mais primitivas adotavam medidas mais severas em desfavor do devedor, ao passo que com as idéias iluministas, os meios para a liquidação das decisões passaram a respeitar mais a pessoa do devedor, inclusive com o aumento das hipóteses de sua defesa. Além disso, nota-se que quanto “à evolução da forma da exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas, percebe-se que ela navega sempre em busca do meio termo entre o direito do credor ao adimplemento do devedor e o direito deste à sua liberdade.”¹⁰⁴

Nessa toada, verifica-se que o sistema romano previa, inicialmente, a possibilidade da execução por dívida recair sobre a pessoa do devedor, por meio do instrumento da *manus injectio*¹⁰⁵. Esse tipo de execução somente veio a ser coibido com a edição da *Lex Poetelia Papira*, em 326 a.C., quando o instrumento cabível ao credor para satisfazer sua pretensão executiva passou a ser a *actio iudicati*.¹⁰⁶

¹⁰³ MARINONI, op. cit., p. 35

¹⁰⁴ POPP, Carlyle apud AMARAL, op. cit., p. 29.

¹⁰⁵ AMARAL, op. cit., p. 29.

¹⁰⁶ Ibidem. P. 29.

De todo modo, apesar de alguns mecanismos de pressão psicológica já terem existido, tal como a possibilidade de escravidão por dívida, não havia ainda a concepção de execução específica, uma vez que toda obrigação, quando descumprida, convertia-se em condenação pecuniária¹⁰⁷. Esta realidade modificou-se somente quando passaram a ser previstos em Roma os interditos, que permitiam ao pretor a determinação para o cumprimento específico de determinados fazeres ou “não-fazeres”¹⁰⁸.

Já na Idade Média, apesar de não haver a previsão da execução direta das obrigações específicas, passaram a ser empregados inúmeros meios de execução indireta, ou meios coercitivos.¹⁰⁹

Nesse espectro, merecem destaque as medidas de pressão muito semelhantes às medidas hoje previstas, tais como as multas (*multactio*) e as apreensões ou bloqueios patrimoniais (*missio in bona*). Mas é bom que se assente que inúmeras outras eram previstas, chegando a ser recorrente até a prisão do devedor pela dívida.¹¹⁰

A evolução histórica, que deixou modelos pautados no trabalho escravo e passou a compreender a relação de vassalagem, na época feudal, provavelmente explica a adoção das medidas coercitivas, que privilegiavam o cumprimento de obrigações específicas, mais comuns àquela época.¹¹¹ Em outras palavras, na época do Feudalismo não mais interessava a escravidão, mas sim o cumprimento da obrigação de entregar a safra ou de prestar um serviço, por exemplo.

Hodiernamente, pode-se afirmar que o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, com ênfase menor à liberdade dos cidadãos e com viés cada vez mais social, propiciou um campo fértil de novos mecanismos e fundamentos processuais, como bem demonstra Theodoro Júnior:

Passou-se a divisar no processo, desde então, metas que iam além da simples composição dos litígios e que se comprometiam com as aspirações do **devido processo legal**, tanto no plano formal como no material. A missão do judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de **efetividade**, ou seja, à perseguição de

¹⁰⁷ TALAMINI, op. cit., p. 45.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 46.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 48.

¹¹⁰ SILVA, Calvão da, apud AMARAL, op. cit., p. 32.

¹¹¹ Trata-se da teoria de Chiarloni, segundo Talamini (TALAMINI, op. cit., p. 49).

resultados que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios. (destaques originais)¹¹²

Com esses avanços, passou-se então a privilegiar o cumprimento específico das obrigações de fazer, não-fazer e dar coisa, e não mais o convertimento da obrigação inadimplida em indenização por perdas e danos.

Especificamente, no que se refere à evolução da própria astreinte, muito importante foi o desenvolvimento desse instituto pela jurisprudência dos tribunais franceses.

De fato, o atual ordenamento jurídico brasileiro inspirou-se na astreinte francesa, que surgiu após a constatação de que o Código Civil de Napoleão prestava uma excessiva proteção ao devedor, principalmente no que toca ao cumprimento de obrigação específica, uma vez que o devedor jamais poderia ser forçado a prestar fato pessoal, devido ao princípio “*máxime*” da liberdade pessoal.¹¹³

A aplicação da astreinte, a fim de se evitar o inadimplemento das obrigações específicas, foi feita de forma pioneira pelos tribunais franceses, tendo como *leading case* o julgado do Tribunal Civil de Cray, cuja decisão foi confirmada pela Corte de Cassação, em 1825.¹¹⁴

Naquela época, ainda se discutia a natureza da astreinte, ao passo que paulatinamente fora-lhe concebido o caráter coercitivo da medida, e não indenizatório.¹¹⁵ Enquanto concebida como de natureza indenizatória, quando o seu valor era atenuado e incorporado ao valor da condenação em perdas e danos, falava-se inclusive em “falsa astreinte”, uma vez que o devedor sabia que a mera ameaça não iria prosperar e ao final a obrigação específica seria convertida em uma indenização pecuniária.¹¹⁶

Em que pese o já longo período de construção doutrinária da medida, somente em 1972 é que o Direito Francês estabeleceu a primeira disposição legal sobre a astreinte, por meio da Lei nº 72-626, de cinco de julho daquele ano¹¹⁷.

Posteriormente, inúmeras outras leis modificaram as disposições sobre a astreinte na França, ao passo que hoje não se fala na aplicação da medida apenas no âmbito das

¹¹²THEODORO JÚNIOR, 2002, op. cit., p. 35-52.

¹¹³ AMARAL, op. cit., p. 33.

¹¹⁴ FRIGNANI apud TALAMINI, op. cit., p. 50.

¹¹⁵ TALAMINI, op. cit., p. 50.

¹¹⁶ AMARAL, op. cit., p. 33.

¹¹⁷ Ibidem. p. 34.

obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, mas para qualquer decisão do juiz, inclusive no que tange às obrigações de pagar quantia certa.¹¹⁸

É importante destacar que a aplicação da astreinte no ordenamento francês se dá inclusive no âmbito dos atos processuais, como, e.g., a determinação de exibição de documentos por uma parte à outra, conforme preceitua o artigo 134 do Código de Processo Francês¹¹⁹. Trata-se das denominadas medidas internas, lá também conhecidas como *référés*¹²⁰, um arrojado meio coercitivo também no âmbito processual, ainda não explorado pelo processo civil brasileiro.

Na Itália, somente com as modificações proporcionadas pela lei delegada de reforma do código de processo civil, de 1996, é que foi acolhida a pretensão inicial de Liebman, inclusive com inspiração na experiência brasileira.¹²¹

O Direito alemão, ao contrário do italiano e mais próximo do francês, abarca expressamente em seu código de processo civil (ZPO), a possibilidade da estipulação pelo juiz de medidas coercitivas destinadas à execução indireta, tais como a *Zwangshaft* (prisão do réu) e a *Zwangsgeld* (multa).¹²²

A multa prevista no §888 do ZPO é muito semelhante à astreinte prevista no ordenamento brasileiro, com caráter coercitivo. Entretanto, como bem assinala GUERRA, a astreinte alemã é vertida ao Estado, e não ao credor. Também tem um teto máximo, que é o valor da medida perseguida.¹²³

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1939 tinha previsão de dois tipos de multa que se assemelham a atual astreinte, mas que não podem ser classificadas como de idêntica natureza a essa.

De fato, o artigo 23, §2º, daquele *Codex* previa a possibilidade de exigibilidade de multa por dia de retardamento dos atos dos serventuários da justiça.¹²⁴ Trata-se de medida impraticável nos dias atuais, tendo em vista a grande demanda processual que os nossos tribunais enfrentam.

¹¹⁸ Ibidem. p. 34.

¹¹⁹ Ibidem. p. 35.

¹²⁰ TALAMINI, op. cit., p. 56.

¹²¹ Ibidem. p. 64.

¹²² GUERRA, Marcelo de Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 139-140.

¹²³ Ibidem. p.143.

¹²⁴ Art. 23. Salvo disposição em contrário, os atos judiciais serão executados no prazo de quarenta e oito (48) horas pelo serventuário a quem incumbirem.
(...)§ 2º O não cumprimento desse dever sujeitará, de pleno direito, os serventuários à multa de cinquenta mil réis (50\$000) por dia de retardamento.

Mais semelhante à atual multa prevista no artigo 461 do CPC, era a previsão legal de estipulação de multa nas ações cominatórias, se requeridas pelo autor, e deferidas pelo juiz (artigo 303 do CPC/39).¹²⁵ Entretanto, tal multa não pode ser considerada idêntica à atual astreinte, visto que a contestação suspendia a eficácia da multa e o seu valor ficava restrito ao valor máximo equivalente ao da obrigação principal.¹²⁶

Leis especiais editadas posteriormente ao Código de Processo Civil de 1939 é que passaram a prever expressamente o instituto das astreintes. Como aponta Amaral, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67 – atualmente revogada) previa a possibilidade da cominação de astreinte, em seu artigo 7º, §1º.¹²⁷

O CPC de 1973 abarcou timidamente as astreintes. O artigo 287 previa que:

Se o autor 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).

Pela simples leitura desse dispositivo, percebe-se que a astreinte não poderia ser cominada de ofício pelo juiz; o pedido devia ser feito somente na inicial; o seu deferimento constaria na sentença; e a sua incidência somente se daria após prazo estipulado na sentença.

Entretanto, a atual disposição da astreinte, prevista no artigo 461, foi influenciada pela disposição da astreinte em algumas leis especiais, ainda vigentes, tais como a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, que serão explorados adiante. Posteriormente, sobreveio também a prescrição da astreinte na Lei dos Juizados Especiais.

3.3. Fontes

O parágrafo 4º do artigo 461, do CPC e também o parágrafo 4º do artigo 84, do CDC, possibilitam à parte requerer e ao juiz impor, mesmo de ofício, multa diária ao

¹²⁵ Art. 303. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada.

§ 1º – Dentro de dez (10) dias poderá o réu contestar; si o não fizer ou não cumprir a obrigação, os autos serão conclusos para sentença.

§ 2º – Si o réu contestar, a ação prosseguirá com o rito ordinário

¹²⁶ AMARAL, op. cit., p. 48.

¹²⁷ Ibidem.

requerido para o cumprimento de obrigação específica, em prazo fixado. Trata-se da denominada astreinte, multa também prevista no artigo 645, do CPC (execução de título extrajudicial), no artigo 52, V, da Lei nº 9.099/95, no artigo 213 da Lei nº 8.069/90 e no artigo 11 da Lei nº 7.347/85, artigo 40, da Lei nº 12.529/2011.

Como já explorado no espaço destinado às considerações históricas sobre a astreinte, as disposições sobre o tema no CPC somente foram implementadas, da forma que hoje se encontram, com o advento das reformas proporcionadas pela edição da Lei nº 8.952/94 e da Lei 10.444/02.

Essas leis reformadoras do CPC foram inspiradas pela própria legislação já vigente no ordenamento jurídico, no que condiz a alguns temas específicos, tais como a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A lei que disciplina a Ação Civil Pública trouxe algumas inovações importantes à sistemática da astreinte no ordenamento brasileiro, já que a previsão do artigo 287 do CPC, a que remetiam inclusive os modificados artigos 644 e 645, do CPC, somente possibilitava uma aplicação limitada da multa diária.

De fato, a redação do artigo 11 da Lei 7.347/85¹²⁸ passou a contemplar a possibilidade da fixação *ex officio* pelo juiz, inclusive de forma liminar, passando a incidir “desde o dia em que houver configurado o descumprimento”(artigo 12, §2º). Apenas a execução do montante acumulado da astreinte estaria condicionada ao trânsito em julgado da sentença de procedência.¹²⁹

¹²⁸Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

¹²⁹AMARAL, op. cit., p. 50.

Posteriormente, a previsão do artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³⁰ inovou mais uma vez, quando determinou a destinação do montante acumulado da multa para um fundo a ser gerido pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente dos Municípios, além da legitimidade ativa do Ministério Público para executar o crédito proveniente da astreinte.

No mesmo ano de 1990, sobreveio o Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 84¹³¹, confirmou a linha que vinha se adotando sobre as astreintes, relacionadas ao cumprimento de obrigação específica. Como aponta Amaral, algumas diretrizes, posteriormente copiadas para o CPC, foram estabelecidas, tais como:

(I) a primazia da tutela específica em detrimento da tutela pelo equivalente pecuniário; (II) a independência entre o crédito resultante da multa e a indenização por perdas e danos eventualmente arbitrada; (III) a possibilidade de a multa ser aplicada em sede de antecipação de tutela; (IV) a possibilidade de o juiz fixar a multa de ofício e, por fim, (V) a possibilidade de adoção de outras medidas para a obtenção da tutela específica ou do

¹³⁰Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2º 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 prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

¹³¹Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 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 após justificação prévia, citado o réu.

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

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

resultado prático equivalente, dentre as quais medidas de sub-rogação (técnica de tutela eminentemente executiva).¹³²

A lei 8.952/94 implementou, então, praticamente a mesma redação do artigo 84 do CDC ao CPC, em seu artigo 461, o que representou uma especialização da disciplina anteriormente disposta no artigo 287.¹³³

Entretanto, como ainda havia a disciplina da execução do título executivo judicial, apenas com a reforma proporcionada pela Lei nº 10.444/02 é que toda a disposição da astreinte fora organizada, inclusive com a expansão da sua aplicação às obrigações de entregar coisa (artigo 461-A).

Essa última reforma adequou a redação dos dispositivos, no que toca a alguns pontos criticados pela doutrina, tal como a eliminação da necessidade de instauração de um processo autônomo para o cumprimento de decisões contemplando obrigações específicas, diante da alteração do artigo 644, do CPC.¹³⁴

Já a disposição da Lei nº 9.099/95, praticamente representou um retrocesso à evolução do instituto da astreinte no Brasil, uma vez que a redação do inciso V, do artigo 52¹³⁵ prevê que a multa somente poderá ser estipulada na sentença ou na fase de execução, o que descarta a sua cominação em momento liminar, o que fere à correlação entre o instrumento de tutela e a tutela almejada, que são obrigações específicas, muitas vezes de caráter urgente ou inibitório.

Por fim, também há a previsão da cominação de multa diária por descumprimento de requerimento de documentos por autoridade competente em procedimentos disciplinados pela Lei do Novo CADE (Lei nº 12.529/11; artigo 40¹³⁶).

¹³² AMARAL, op. cit. p. 50.

¹³³ DINAMARCO, 1996, op. cit., p. 151.

¹³⁴ AMARAL, op. cit., p. 55.

¹³⁵ Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

(...)V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrar, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;

¹³⁶ Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

A previsão da cominação de astreinte na lei do Novo CADE traz consigo algumas peculiaridades dignas de destaque. Inicialmente, nota-se que a astreinte nesse caso tem um caráter diferente, pois sua destinação vai para o Estado. Além disso, nota-se que seu intuito ainda é coercitivo, mas não para a consecução de uma tutela de direito material, mas apenas para o fim de pressionar o investigado à colaboração com o procedimento. É uma medida com finalidade de auxílio predominantemente processual, o que a concede caráter único no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de astreinte, visto que ela geralmente visa a instigar o cumprimento de uma tutela de direito material.

Por fim, a medida prevista na Lei do Novo CADE estipula um valor máximo para multa, de “R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator” (caput do artigo 40).

3.4. Natureza Jurídica e Características

É de suma importância a delimitação da natureza jurídica da astreinte, visto que a identificação da sua natureza implica em inúmeras conseqüências na aplicação e funcionamento desse importante instituto.

E sobre a pesquisa acerca da natureza jurídica da astreinte, há de se consignar que isso que não é uma tarefa fácil. A doutrina muitas vezes se ocupa em analisar tão somente a aplicação prática da astreinte no dia-a-dia forense, geralmente no trato de problemas pontuais da astreinte. Entretanto, esse diagnóstico pode ser prejudicado pela falta de um estudo relacionado à natureza da multa periódica.

Busca-se nesse tópico, então, analisar-se as diferentes concepções que são encontradas na doutrina e jurisprudência sobre a natureza das astreintes, para, com isso, delimitar o entendimento que aparentar ser o mais correto. E, a partir da fixação de um entendimento sobre o assunto, vários problemas relacionados ao instituto serão abordados.

§ 1º O montante fixado para a multa diária de que trata o caput deste artigo constará do documento que contiver a requisição da autoridade competente.

§ 2º Compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput deste artigo.

§ 3º Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

3.4.1. Medida de caráter processual

Esse ponto não tem tido destaque na doutrina, ao passo que somente as características coercitiva, patrimonial, não moralizadora e acessória geralmente são abordadas com maior preocupação.

Pois bem, o próprio conceito da astreinte fornece importantes pistas para a identificação da natureza processual do instituto.

Assim, sendo referida multa “uma medida coercitiva de apoio, compreendida numa prestação pecuniária periódica, contabilizada e exigível após o decurso do prazo estipulado pelo juiz para o cumprimento da sua determinação, que se propõe justamente a impulsionar aquele que deve uma obrigação específica”, o fato de se tratar de um método executivo indireto, ou de apoio, e fixado pelo juiz, afasta quaisquer dúvidas de que ela tem um caráter processual.

Apesar da conclusão supra aparentar ser a mais coerente com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e também com a própria aplicação que tem sido adotada pela jurisprudência, não há um consenso sobre essa natureza e nem mesmo sobre as conseqüências do determinado posicionamento adotado. Por exemplo, Humberto Theodoro Júnior, ao defender a natureza processual da astreinte, acaba por afirmar que:

A multa não é direito da parte. Na espécie, trata-se de medida judicial coercitiva, utilizada para assegurar efetividade à execução. Interessa muito mais ao órgão judicial do que ao credor, o que lhe assegura o caráter de providência de ordem pública. Este caráter está bem evidenciado na regra do §4º do art. 461, onde o poder-dever do juiz de aplicar a astreinte está expressamente previsto como exercitável “independentemente de pedido do autor”.¹³⁷

Respeitado o entendimento do eminente jurista, entendemos que a multa é sim direito da parte, visto que, como será discorrido no tópico referente ao beneficiário da multa, esta se destina ao autor (com exceção dos casos de aplicação de lei que prevê a destinação a um fundo específico). Apesar de interessar também ao Judiciário, ela se presta muito mais à

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II. p. 32-33.

parte interessada na execução da obrigação específica. Ademais, qualquer função punitiva deve ser afastada da astreinte, que é uma medida coercitiva, o que a diferencia da multa dos artigos 14, 600 e 601, todos do CPC, como bem aponta Didier Júnior:

Quanto à natureza, fácil pontuar que, enquanto a multa do art. 461, CPC, é estritamente processual, vez que atua com escopo único de obter a efetivação, pelo seu destinatário, da decisão mandamental concedida, a multa do art. 14, CPC, é de cunho nitidamente administrativo, tratando-se de reprimenda pecuniária imposta pelo magistrado.¹³⁸

Por outro lado, há também o posicionamento de que a multa é de natureza híbrida, ou seja, processual e material. Processual por ter gênese no âmbito do processo, mas também material, por ser dependente da procedência do pedido que veicula o direito material. Esse entendimento é encontrado de forma clara e didática em sede do Acórdão do **REsp nº 1.347.726/RS**, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, do STJ, cuja ementa colaciona-se abaixo:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - **CARÁTER HÍBRIDO MATERIAL/PROCESSUAL DAS ASTREINTES**- POSSIBILIDADE DE INICIAR-SE A EXECUÇÃO PRECÁRIA (ART. 475-O DO CPC) APENAS A PARTIR DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DA MEDIDA LIMINAR, DESDE QUE RECEBIDO O RESPECTIVO RECURSO DE APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO - INTELIGÊNCIA DO ART. 520, VII, DO CPC - CASO EM QUE A TUTELA ANTECIPATÓRIA RESTOU REVOGADA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA DEFINITIVA, TORNANDO-SE SEM EFEITO - ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO E EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO.

1. A multa pecuniária, arbitrada judicialmente para forçar o réu ao cumprimento de medida liminar antecipatória (art. 273 e 461, §§ 3º e 4º, CPC) detém caráter híbrido, englobando aspectos de direito material e processual, pertencendo o valor decorrente de sua incidência ao titular do bem da vida postulado em juízo. Sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda. Nesse sentido: REsp nº 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012).

2. Em vista das peculiaridades do instituto, notadamente seu caráter creditório a reclamar medidas expropriatórias para o respectivo adimplemento (penhora, avaliação, hasta pública), a execução das *astreintes*

¹³⁸ DIDIER JÚNIOR. et. al, 2009, op. cit., p. 454.

segue regime a ser compatibilizado com sua natureza, diferenciado-se daquele pertinente às demais modalidades de outorga da tutela antecipada, de ordem mandamental e executivo lato sensu (art. 273, §3º, do CPC). Nesse contexto, a forma de o autor de ação individual exigir a satisfação do crédito oriundo da multa diária, previamente ao trânsito em julgado, corresponde ao instrumento jurídico-processual da execução provisória (art. 475-O do CPC), como normalmente se dá em relação a qualquer direito creditório reclamado em juízo.

3. Do mesmo modo que não é admissível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, baseada em cognição sumária e precária por natureza, também não se pode condicionar sua exigibilidade ao trânsito em julgado da sentença. Os dispositivos legais que contemplam essa última exigência regulam ações de cunho coletivo, motivo pelo qual não são aplicáveis às demandas em que se postulam direitos individuais.

As *astreintes* serão exigíveis e, portanto, passíveis de execução provisória, quando a liminar que as fixou for confirmada em sentença ou acórdão de natureza definitiva (art. 269 do CPC), desde que o respectivo recurso deduzido contra a decisão não seja recebido no efeito suspensivo. A pena incidirá, não obstante, desde a data da fixação em decisão interlocutória.

4. No caso concreto, a liminar concedida em sede de tutela antecipada ficou revogada ao fim do processo, face à prolação de sentença que julgou improcedente o pedido, tornando sem efeito as *astreintes* exigidas na ação. Impositiva, nesse quadro, a extinção da execução provisória.

5. Recurso especial provido. (destaque não original)

(REsp nº 1.347.726/RS, Quarta Turma do STJ, rel. Min. Marco Buzzi, j. 27/11/2012)

Entretanto, apesar do acerto na conclusão lançada pelo Ministro, quanto à exigibilidade da *astreinte*, o entendimento de que referida multa tem caráter material não parece ser o mais acurado. Com efeito, ressalta-se que quando o relator afirma que “sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda”, na verdade se estaria enumerando o caráter acessório da medida, o que não desnatura a sua natureza processual, e nem explica eventual natureza material.

Salvo melhor juízo, a natureza da multa não é material, pois a multa nasce no processo e, apesar de ser acessória, como será explorado mais adiante, **essa acessoriedade é relacionada à decisão mandamental, não à obrigação material**, embora não se descarte que se a obrigação for juridicamente ou faticamente impossível de ser cumprida, não há possibilidade de imposição do mandamento e, conseqüentemente, da multa. Assim, a aplicação da multa deve ser vinculada à decisão mandamental, e a sua eficácia completa somente é alcançada quando houver confirmação da decisão mandamental, o que ocorre só

mediante a prolatação da sentença de procedência. Entendimento em sentido contrário seria o equivalente a se aceitar o uso da técnica processual para um fim injusto.

Com efeito, a astreinte não pode ser considerada como de natureza genuinamente material, já que ela se diferencia de outras prestações de direito material destinadas à desestimular e à punir o devedor que descumpre a obrigação. Para esses casos, por exemplo, existe no direito civil a possibilidade da estipulação de cláusula penal, prevista no artigo 408 e seguintes, do Código Civil, além da multa moratória prevista no artigo 406, também do CC.

Como se verifica, essas multas são pactuadas e previstas antes do inadimplemento da obrigação, ou seja, antes mesmo que o conflito seja encaminhado à apreciação do Poder Judiciário. Já a astreinte somente tem o condão de reforçar a decisão mandamental do juiz, que se destina à possibilitar a satisfação da pretensão do jurisdicionado interessado.

Nesse mesmo sentido, Amaral aduz que:

As astreintes não se equiparam à multa pactuada pelas partes contratantes. As primeiras, fixadas pelo juiz, e mecanismo de direito processual (art. 461, §§4º e 5ª), visam à coerção do réu para o cumprimento de ordem judicial; a segunda, mecanismo de direito material (art. 411 do Código Civil) [cláusula penal], é instituída pelas partes e destina-se à incentivar o cumprimento tempestivo da obrigação.¹³⁹

É bom que se assente que apesar da astreinte ter natureza processual, por ser medida executiva indireta, ou medida de apoio, concedida pelo juiz, isso não implica, como se discorrerá adiante, na exigibilidade da multa independentemente do resultado da demanda, nem mesmo na exigibilidade *ex officio* pelo juízo, e sequer na destinação do valor apurado ao Estado. Isso porque, conforme o entendimento que vem sido aplicado pelos Tribunais e até mesmo pela própria essência da astreinte francesa, há um caráter acessório e coercitivo da multa, que sempre deverão ser observados, como se verifica no julgado relatado pelo Min. Buzzi, *supra* exposto:

O seu valor [da astreinte] reverterá ao titular do direito postulado na ação; e, bem por isso, sua sorte está atrelada ao sucesso da demanda na qual se busca a obrigação principal ou o direito material posto em juízo. É dizer, a multa fixada incidentalmente fica pendente de condição resolutiva.

¹³⁹ AMARAL, op. cit., p. 186.

E a condição resolutiva, melhor aplicada ao direito material, na verdade é o caráter acessório, que decorre diretamente da natureza coercitiva da astreinte, que será explorada adiante.

3.4.2. Caráter coercitivo

Ainda que se trate de multa processual, frisa-se que ela também não pode ser confundida com algumas espécies de multa também previstas pelo Código de Processo Civil, que são de caráter ressarcitório ou punitivo.

Nesse contexto, assenta-se que a astreinte, distintamente das outras multas processuais, tem caráter coercitivo, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário.¹⁴⁰

Trata-se de um artifício que pode ser imposto pelo juiz, mesmo de ofício, que visa a estritamente garantir a efetividade do processo, de modo a exercer pressão psicológica sobre o devedor, para que ele cumpra a sua obrigação específica. Por assim dizer, percebe-se que a astreinte não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório¹⁴¹, pois, segundo dicção do próprio §2º, do artigo 461, do CPC, e também do artigo 84 do CDC, “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

Isso só vem a demonstrar que a astreinte não é a mesma coisa que a indenização por perdas e danos, pois, se assim fosse, trataria a norma de uma verba só.

Nesse sentido, se coloca Marinoni, fazendo alusão à Lei francesa 91-650/91 e aos artigos 461 do CPC e 84 do CDC:

Tais normas, portanto, atribuem escopos distintos à multa e à indenização por perdas e danos. A indenização constitui a contrapartida devida em virtude da produção do dano. A sua finalidade, como é evidente, não é a de dar efetividade às decisões do juiz. A indenização tem a ver com a necessidade de não deixar o dano sem a devida reparação e/ou sanção.¹⁴²

¹⁴⁰ AMARAL, op. cit., p. 77, mencionando que é o entendimento de DINAMARCO, WATANABE, OVÍDIO BATISTA, THEODORO JÚNIOR, ARAKEN DE ASSIS, BARBOSA MOREIRA, TALAMINI, MARINONI, dentre outros. Na jurisprudência, destaque para os julgados do STJ: RESp 482.094/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, 20/05/2008; e RESp 947.555/MG, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, 27/04/2011.

¹⁴¹ BUENO, op. cit., p. 403

¹⁴² MARINONI, op. cit., p. 103.

A multa referida nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC tem o visível objetivo de garantir a efetividade do processo, constituindo num importante meio de execução das obrigações de dar, fazer e não fazer.

Nesse mesmo sentido, Mesquita, junto com outros autores, aponta que:

A multa periódica não é pena para sancionar o devedor pelo inadimplemento de uma obrigação. Tampouco é medida para compensar ou ressarcir os danos sofridos pelo não cumprimento da obrigação. Trata-se, em suma, de um meio de coação, de ameaça, que visa a compelir o devedor à observância da ordem judicial.¹⁴³

Entretanto, com o descumprimento do mandamento do juiz que carregava a imposição da multa, transforma-se a astreinte numa verba pecuniária destinada ao credor, com escopo de indenização, mas que não se confunde com as outras verbas indenizatórias também devidas, já que o intuito original da astreinte é pressionar e não indenizar, mesmo que isso venha a acontecer acidentalmente.¹⁴⁴

3.4.3. Técnica de tutela

Além do caráter coercitivo, de rigor que se fixe que a astreinte é uma técnica de tutela, e não a própria tutela jurisdicional, como já discorrido no capítulo que trata das tutelas específicas, em vários de seus tópicos. Assim, a astreinte pode ser colocada como um mecanismo executivo indireto, da mesma forma que outras medidas de apoio de cunho coercitivo.

Dessa conclusão decorre a acessoriedade da multa em face do provimento principal, que é a tutela jurisdicional perquirida.

¹⁴³MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. *Revista Jurídica*, São paulo, a.53, n. 338, p. 18-42. 2005.

¹⁴⁴MARINONI, op. cit., p. 104.

3.4.4. Medida sem caráter moralizador

Também existe a discussão entre a existência ou não de uma suposta natureza resguardadora da dignidade da justiça na astreinte.

Para alguns autores, a astreinte se aproximaria de algumas modalidades de *contempt of court* com caráter defensor da dignidade da justiça. Amaral cita que essa posição é defendida por Alcides de Mendonça Lima, para quem a astreinte assume essa função, “por seu alto sentido ético com que se rompe a resistência obstinada e ímproba do devedor, o qual além de lesar o credor ainda zomba do Estado-juiz.”¹⁴⁵

Entretanto, data vênia, esse entendimento não parece ser o mais acertado.

Com efeito, a opção legislativa brasileira não garante à astreinte a defendida função moralizadora supra apresentada. Isso porque a astreinte apenas pode ser aplicada em hipóteses restritas, somente para obrigações de dar, fazer e não fazer, excluindo outros tipos de tutelas. De fato, pelo atual texto legal, a astreinte não é cabível em caso de obrigação de pagar quantia certa, haja vista que meios de execução direta, disponíveis ao juiz, são mais rápidos e efetivos que a própria cominação de multa por período de atraso.

Assim, não faz sentido se pensar que o legislador teria pensado na astreinte como medida apta a proteger a dignidade da justiça se essa multa não é prevista para todas as situações de descumprimento obrigacional. Vale dizer, se a astreinte tivesse a natureza moralizadora, a sua aplicação deveria ser estendida à qualquer hipótese, o que não acontece.

Além disso, vai contra esse entendimento o fato de que o beneficiário da multa e legitimado à sua execução seja a parte interessada, e não o Tribunal, o Estado-juiz.¹⁴⁶ Em outras palavras, se a astreinte fosse uma medida atribuída a proteger a dignidade da justiça, seria o Estado o único legitimado a executá-la e também o seu exclusivo beneficiário.

Nesse ponto, parece ser mais acertado o entendimento defendido, entre outros, por Amaral, para quem:

“(…) não se quer negar o caráter publicístico do processo, revelado no interesse público de realização dos seus escopos políticos, sociais,

¹⁴⁵ AMARAL, op. cit., p. 70.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 71.

econômicos e jurídicos. O que não se pode é negar que o interesse subjetivo, imediato e preponderante é o do indivíduo, tanto que sua eventual renúncia ao direito protegido pela multa coercitiva, ou mesmo ao crédito dela resultante, desautoriza o Estado a continuar perseguindo o atendimento da decisão judicial.”¹⁴⁷

Poder-se-ia suscitar que a função jurisdicional prescinde da vontade exclusiva do autor, para que o Estado possa agir de forma mais ativa na pacificação dos conflitos. Entretanto, apesar do processo civil ser matéria de caráter público, não se pode esquecer o princípio “dispositivo”, pois nem sempre a vontade do Estado de impor o seu poder resultará no modo mais ponderado e efetivo de resolução do conflito, que está mais próximo das partes.

Além dos argumentos lançados, pode-se acrescentar que a afronta à dignidade da Justiça deve ser aferida subjetivamente, caso a caso. No caso de uma decisão com conteúdo mandamental e amparada pela cominação da astreinte que é posteriormente reformada ou anulada, o réu, que exerceu o seu direito constitucional de defesa e que provou não dever a obrigação ao autor, não pode ser taxado de atentador à dignidade da Justiça.

Assim, é consequência da inexistência do caráter de proteção da dignidade da justiça a inexigibilidade da astreinte no caso de revogação da decisão que a cominou. Como a multa não visa a resguardar o poder exercido pelo Estado por meio da jurisdição, não subsiste ao devedor a obrigação de pagar a multa quando a decisão que a estabeleceu deixar de ser válida. Esse ponto será melhor tratado mais adiante, em tópico específico.

3.4.5. Caráter acessório

A prestação objeto deste estudo tem também a característica de ser acessória à decisão mandamental e ao provimento principal, dita tutela jurisdicional.

Sobre o caráter acessório, expõe Medina:

A multa tem caráter acessório e eventual. Se o descumprimento da obrigação acarreta a exigibilidade da multa, parece mais adequado considerar que se está diante de condenação para o futuro, mesmo

¹⁴⁷Ibidem. p. 72.

porque a execução da multa será outra execução, semelhante à execução por quantia certa.¹⁴⁸

A acessoriedade expressa-se como um instrumento do instrumento, haja vista que a astreinte nada mais é do que um instrumento processual, uma técnica executiva. Já o processo, um instrumento para a satisfação do direito material.

Nesse espectro, sendo a astreinte acessória, “não subsiste a decisão que a fixa se o devedor, por exemplo, for exonerado da obrigação por força de posterior decisão judicial”.¹⁴⁹

Importante salientar, entretanto, que existe posicionamento diverso na doutrina, contrário à característica acessória da astreinte, concebendo-a como medida de caráter autônomo e punitivo.

Com efeito, alguns juristas entendem que a adoção da astreinte é um modo, assim, de zelar pela própria dignidade da justiça, como entidade sociopolítica, utilizando-se de todos os meios legais e civilizados para fazer o cumprir o julgamento, sem violentar a pessoa humana.

Para essa corrente, o descumprimento de uma ordem judicial que carrega a cominação de astreinte equipara-se a um ato atentatório à dignidade da justiça. Assim, a multa periódica servia-se para punir o atentador, de modo a prestigiar a autoridade do Poder Judiciário, independentemente do cumprimento, modificação ou revogação do provimento que deu fundamento à aplicação da multa.

Esse entendimento, porém, não pode vingar. De fato, apesar do caráter intimidador da astreinte também assegurar a preservação da autoridade do juiz¹⁵⁰ (o que é diferente de dignidade da Justiça), esta não é a principal finalidade da medida, que não é punitiva, mas prioritariamente coercitiva. Com a fixação da multa, o magistrado tem a intenção de impulsionar o cumprimento da obrigação, e não pré estipular uma espécie de multa por mora. Por isso, diz-se que a multa é coercitiva e também acessória, pois se a determinação for cumprida, não há que se falar em na exigibilidade da multa cominada.

¹⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 352.

¹⁴⁹ AMARAL, op. Cit. P. 79.

¹⁵⁰ TALAMINI, op. cit., p. 235.

Portanto, a multa não se trata de punição ao descumpridor, já que ela somente poderá ser exigida após ser verificado o não atendimento do prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da obrigação específica.

Nesse sentido Rizzatto Nunes, assevera que:

O que se percebe, algumas vezes, nos pronunciamentos de alguns magistrados, é uma espécie de ira pelo descumprimento de sua ordem, como se a negativa fosse subjetiva e especificamente dirigida a seu prolator. Nesses casos, embora o sentimento seja compreensível, a decisão acaba denotando uma espécie de revanche pessoal dirigida ao infrator o que pode caracterizar abuso do direito.¹⁵¹

Dessa forma, o entendimento de que a astreinte tem caráter punitivo não pode sobressair, visto que, como já dito, o respeito à autoridade judicial tem de ser prestigiado por outros meios, tal como pela condenação às multas com caráter de *contempt of court* (artigos 14, 600 e 601, do CPC).

O caráter acessório é importante para fins de exigibilidade da astreinte. Realmente, trata-se de uma condenação acessória, que pode ser revogada ou modificada até o trânsito em julgado da sentença que apreciar o pedido referente à tutela jurisdicional. Mas é bom que se assente que **a astreinte é acessória da decisão mandamental, mas não da obrigação em si, de direito material.**¹⁵² Isso porque, como já explorado, a astreinte é uma técnica de tutela, cuja estipulação depende de uma decisão do juiz. Portanto, há uma natureza processual da astreinte.

Não obstante à inafastável natureza processual, não se pode olvidar da vinculação da astreinte à possibilidade do cumprimento da obrigação específica, de direito material.¹⁵³ Por isso se defende que a impossibilidade do cumprimento da obrigação ou mesmo a declaração de que não havia o direito de exigir o cumprimento da obrigação afastam a exigibilidade da astreinte.

Assim, a astreinte é acessória da decisão mandamental. Entretanto, a sua exigência é dependente da possibilidade da execução da obrigação específica.

¹⁵¹ NUNES, Rizzatto. *As astreintes no direito do consumidor: limites e possibilidades de aplicação e liquidação*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI129329,61044-as+astreintes+no+Direito+do+Consumidor+limites+e+possibilidades+de>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

¹⁵² AMARAL, op. cit., p 80.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 81.

Esse entendimento vai ao encontro do próprio objetivo do processo civil, que é ser um instrumento efetivo, não um fim em si mesmo. Assim, se a obrigação (direito material) for impossível de ser cumprida em seu modo originário e específico, converter-se-á em perdas e danos; se for declarada inexistente, não poderá dar ensejo à exigência da multa que servia para pressionar o seu cumprimento.

3.4.6. Caráter Patrimonial

Ainda com relação à natureza da astreinte, há que se mencionar o caráter patrimonial da multa.

Com efeito, a multa é um meio de coerção patrimonial, diferente de outros meios de coerção, principalmente pessoal. Entretanto, o fato da multa atingir o patrimônio do devedor que não cumpre à ordem do juiz não garante à astreinte a finalidade de indenização ou pena pecuniária.¹⁵⁴ A multa visa a coagir o cumprimento voluntário, não a sancionar o suposto inadimplemento ventilado pelo autor.

O montante acumulado pelo não cumprimento da obrigação somente acaba por assumir caráter indenizatório no momento de sua execução. Entretanto, esse caráter não é originário, mas sim accidental, como já colocado anteriormente.

Também se discute se a astreinte tem natureza de pena. Alguns autores colocaram referido predicado à multa ora estudada, tal como Liebman, apoiado em outros juristas estrangeiros, tal como Planiol.¹⁵⁵

Com todo respeito, a astreinte não pode ser considerada como uma pena, visto que a sua principal função é a de coagir o descumpridor, ao passo que se a decisão final for de improcedência do pedido, não subsistirá a astreinte.¹⁵⁶

Dessa forma, a astreinte não pode ser considerada uma pena sancionadora de um descumprimento, como técnica direta de subsunção, já que o seu objetivo é ser uma técnica coercitiva desestimuladora.

¹⁵⁴ Ibidem. p. 83.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 85.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 86.

Prefere-se, então, conceituar a astreinte como multa, diante do caráter eminentemente coercitivo que ela assume e pelo fato de que ela não tem efeitos na hipótese de improcedência do pedido.

3.5. Comparação com outras medidas de caráter semelhante

A astreinte, como medida processual que acaba por desestimular ou estimular comportamentos, muitas vezes pode ter a sua natureza confundida com outras medidas e multas processuais, pois o resultado da incidência desses institutos e da própria astreinte poderá ser o mesmo, qual seja, a condenação ao pagamento de uma prestação pecuniária.

Dessa forma, é importante a análise mais detida desses institutos, a fim de se delimitar as semelhanças e as diferenças que eles têm com a astreinte.

3.5.1. *Contempt of Court*

No sistema *Common Law*, quando “não houvesse obediência à determinação do rei, o indivíduo ‘iria meditar na prisão, ou seus bens seriam objeto de sequestro, até que voltasse a ter melhores sentimentos’”.¹⁵⁷ Trata-se do *contempt of court*.

Segundo Araken de Assis:

Pode-se definir o *contempt of court* como a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.¹⁵⁸

A saber, o *contempt of court* é uma medida que tinha o caráter punitivo, destinado a combater uma violação à boa-fé processual – “*brach of faith*”. O bem jurídico tutelado pela punição era a dignidade do Poder Judiciário.¹⁵⁹ Até hoje trata-se de uma medida que visa a manter a autoridade das cortes e das suas decisões.

¹⁵⁷ DAVID, René apud AMARAL, op. cit., p. 37.

¹⁵⁸ ASSIS, Araken. *O contemptofcourt no direito brasileiro*. Disponível em: <www.abdpc.org.br/.../Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

¹⁵⁹ AMARAL, op. cit., p. 37.

Com o desenvolvimento do instituto, hoje o *contempt of court* tem sido dividido em quatro diferentes categorias, a saber: i) *contempt* direto (*direct contempt*); ii) *contempt* criminal e indireto (*indirect criminal contempt*); iii) *contempt* civil e coercitivo (*civil and coercitive contempt*); iv) *contempt* civil e reparatório (*remedial civil contempt*).¹⁶⁰

O *contemp* direto é uma medida punitiva por ato atentatório direto contra a corte e pode implicar em multa ou até prisão. Já o *contempt* criminal e indireto também diz respeito a ato que atente à corte, mas cometido fora da corte, ocorrendo por exemplo, em atos processuais.¹⁶¹

O *contempt* civil, divide-se em duas sub-categorias, como já dito. O coercitivo muito se assemelha a astreinte aplicada no Brasil, com característica intimidadora. Já o reparatório mais se assemelha a uma multa compensadora pelos danos do inadimplemento.¹⁶²

O *contempt* coercitivo da *common law* possibilita inclusive a prisão do réu, o que é inimaginável no Brasil, devido à garantia expressa na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVII.

Dessa forma, somente o *civil and coercitive contempt* guarda semelhança ao instituto da astreinte, ao passo que as outras categorias mais se parecem com outros institutos processuais, como a multa do artigo 14, do artigo 475-J, ou do artigo 600, todos do CPC, além da multa por litigância de má-fé.

É importante que se faça uma ressalva acerca do *contempt* civil coercitivo. Referido instituto da *common law* tem muitas diferenças para com a astreinte brasileira. Primeiro, a sua hipótese de intimidação por meio de prisão é descartada no nosso ordenamento, como já dito. Quanto à sua modalidade de multa (*per diem fine*), esta é revertida ao Estado, e não ao credor.¹⁶³

Além disso, importante se destacar que:

(...) como o propósito das medidas do *contempt* coercitivo é auxiliar o autor a obter a efetivação da ordem judicial, a sanção é extinta caso a decisão para

¹⁶⁰ LIVINGSTON apud AMARAL, op. cit., p. 38.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem. p. 38.

cujo cumprimento ela foi cominada for cassada ou reformada, ou ainda se as partes chegarem a um acordo.¹⁶⁴

Sobre esse entendimento, a mencionada autora norte americana Livingston, citada por Amaral, reforça esse entendimento com o argumento jurisprudencial, retirado da decisão proferida pela Suprema Corte Norte Americana, no caso Garrinson vs. Cassens Trasport Co., cujo trecho colaciona-se abaixo:

É verdade que a reversão de uma ordem não elimina retroativamente a existência da sua violação; ainda assim, por outro lado ela faz mais do que destruir a futura sanção atribuída ao descumprimento daquela ordem. Ela determina que a referida ordem nunca deveria ter sido emitida; que o direito que lhe dera origem não era de todo existente. Manter a responsabilidade [daquele que descumpra a ordem] pela contumácia passada seria dar ao autor um remédio não para um direito, mas para uma ilegalidade que a lei não deveria permitir.¹⁶⁵

Como se percebe, a Suprema Corte dos EUA tem o entendimento de que a revogação da decisão que estipulou a multa por descumprimento de ordem judicial implica na desconstituição total dos efeitos daquela decisão, *ex tunc*. Esse é um posicionamento interessante para os fins desse trabalho, que posteriormente será explorado com mais vagar, no que tange à exigibilidade da astreinte após a declaração de improcedência da decisão que a cominou.

3.5.2. *Injunctions*

Além do instituto do *contempt of court*, que se aproxima da astreinte brasileira, no que tange à sua modalidade de *contempt* civil coercitivo, também é interessante analisar até que ponto o instituto das *injunctions*, também do direito anglo-saxão, se aproxima da astreinte.

¹⁶⁴ Ibidem. p. 39.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 39.

As *injunctions*, oriundas do sistema da *Common Law*, consistem em medidas necessárias para a atividade jurisdicional, que importem na imposição da obrigação ao destinatário da medida de cumprir determinados atos, sob pena de alguma sanção.¹⁶⁶

A origem das *injunctions* está relacionada aos mandamentos do rei ou, posteriormente, de seu chanceler, no sistema da *equity*, na Inglaterra, em casos submetidos à autoridade real quando não havia precedentes ainda estabelecidos na *Common Law*.¹⁶⁷

As *injunctions*, conforme descrição supra, muito se assemelham às medidas previstas na legislação brasileira no que toca ao cumprimento de obrigações específicas. De fato, no nosso ordenamento também tem o juiz a possibilidade de estabelecer decisões de caráter mandamental, como no caso das medidas previstas no artigo 461, do CPC.

Assim, talvez as *injunctions* possam ser comparadas, grosso modo, à **tutela jurisdicional mandamental** do sistema processual brasileiro. Além do mais, as *injunctions* comportam também respaldo de medidas semelhantes as aqui denominadas como “medidas de apoio”, tratadas anteriormente nesse trabalho e que são previstas, e.g., no artigo 461, §5º, do CPC. Essas medidas estão disponíveis ao juiz para coagir a parte ao cumprimento de determinada ordem, sendo, por isso, gênero do qual a astreinte é espécie.

Forçoso reconhecer, então, que a multa periódica por descumprimento de determinação do juízo é somente uma das modalidades de meios coercitivos que o juiz brasileiro pode utilizar, bem como também apenas é um dos mecanismos à disposição do juiz do sistema da *Common Law*.

Desse modo, as *injunctions*, se não cumpridas, podem dar ensejo à diferentes sanções, desde multas até a prisão do descumpridor. Nesse ponto, observa-se claramente que as medidas de apoio e a própria astreinte se diferenciam das *injunction*, justamente porque são instrumentos de efetivação desta.

Não obstante, pode-se enumerar também como diferença entre os institutos, o fato de que as medidas de apoio e também as astreintes são reguladas legalmente no ordenamento pátrio para determinadas situações, mais especificamente para as hipóteses relacionadas ao cumprimento de obrigações específicas. Dessa forma, ao contrário das *injunctions*, não tem o

¹⁶⁶ PUOLI, op. cit., p. 118.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 119

juiz brasileiro a discricionabilidade de aplicar uma medida coercitiva em qualquer caso, diferente do que acontece no sistema anglo-saxão.

Como exemplo de aplicação de *injunctions*, Marinoni cita o caso em que o Lord Cancelliere concedeu *injunction* com o objetivo de impedir Jahanna Wagner de cantar em outros teatros, durante o período em que ela era contratada pelo Majesty's Theatre. O mesmo lorde se negou, entretanto, a conceder a *injunction* que requeria que a cantora lírica fosse obrigada a cantar no Majesty's Theatre.¹⁶⁸

3.5.3. Multa do artigo 475-J do CPC

Também é interessante para os fins desse estudo diferenciar a disciplina e natureza da astreinte e da multa prevista no artigo 475-J, do CPC.

Mencionado artigo dispõe, *in fine*, que “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento”.

Sem entrar no mérito das peculiaridades da aplicação da supra mencionada multa, passa-se a investigar a natureza dessa multa e até em que ponto ela se assemelha às astreintes.

E nesse contexto, verifica-se que há na multa do 475-J uma clara intenção de pressionar o devedor, condenado em sede de sentença judicial, ao pagamento espontâneo e tempestivo da sua condenação.

Nos dizeres de Scarpinella, para quem a multa ora em cotejo tem o condão de incentivar o pagamento, “trata-se, portanto, de uma verdadeira técnica de acatamento de ordens judiciais que foi utilizada pelo legislador processual civil”. “Um mecanismo executivo típico”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ MARINONI, op. cit., p. 72.

¹⁶⁹ BUENO, op. cit., p. 185.

Referida multa, assim como a astreinte, não visa a reprimir a litigância de má-fé ou o afrontamento à autoridade. Sua função, além de ser mediatamente coercitiva, é de “mera remuneração moratória”.¹⁷⁰

E certamente não há que se discutir acerca da intenção do legislador, que pretendeu empreender celeridade ao cumprimento de uma decisão que já tenha passado por um longo procedimento de cognição.

Entretanto, em que pese a existência de um certo caráter coercitivo, não é a multa do 475-J uma espécie de astreinte, visto que esta última deve ser estipulada pelo juiz em cada caso concreto, observadas as peculiaridades da lide, com vistas não à satisfação de uma obrigação de pagamento de quantia líquida e certa, mas de uma obrigação específica, nos moldes do artigo 461 e 461-A, do CPC, dentre outros diplomas.

Como pôde ser observado pela simples leitura do artigo 475-J, a incidência da multa de 10% independe de qualquer cominação judicial, basta apenas que o adimplemento não aconteça no prazo de dez dias. Ou seja, trata-se de uma multa automática, cominada *ope legis*. Além disso, essa estipulação judicial não deixa margem de discricionariedade ao julgador, pois o patamar da multa é fixo e passa a englobar o montante da dívida, o que passa a representar um caráter indenizatório, pela demora no pagamento.

Noutras palavras, o caráter ressarcitório (mediatamente também coercitivo) da multa do artigo 475-J é distinto do caráter coercitivo da astreinte, visto que aquela incide diretamente sobre o montante da dívida líquida e certa, ao passo que esta visa ao cumprimento de uma obrigação específica, que tem preferência à conversão em prestação pecuniária, e sem vinculação ao valor da obrigação específica.

Por fim, é bom que se assente que a multa do artigo 475-J, assim como a astreinte, tem natureza processual¹⁷¹, mas como também são revertidas em favor da parte, somente podem ser por elas exigidas. “Trata-se de um valor patrimonial disponível, razão pela qual não pode o juiz executá-la sem que a respectiva pretensão tenha sido exercitada em juízo pelo titular do crédito.”¹⁷²

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR.,2011, op. cit., v. II. p 51.

¹⁷¹ NEGRÃO, Theotonio;_GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Com a colaboração de Luis Guilherme AidaBondioli. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 594.

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, 2011, op. cit., p. 51.

3.6. Hipóteses de cominação/ Cabimento

O §4º do artigo 461, do CPC, norma de maior aplicação para fins da astreinte, em que pese a aplicação também de outros diplomas já elencados, prevê que “o juiz poderá (...) impor multa diária” nos casos referentes à obrigação de fazer, tratadas no artigo 461, e nos casos em que se pleiteia o cumprimento de obrigação de entregar coisa, nos termos do artigo 461-A.

Embora a redação do dispositivo do CPC tenha optado pelo emprego do verbo “poder”, na sua flexão “poderá”, deve-se observar que isso não se trata de uma mera liberalidade dada ao juiz, mas sim a disponibilização de um instrumento processual.¹⁷³

Assim, percebe-se que as hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico são para o cumprimento de obrigações específicas, conforme explorado no capítulo que se refere a esse tema.

Entretanto, muitos doutrinadores apontam que “o sistema de tutelas estabelecido pelo artigo 461 não se limita às obrigações propriamente ditas”.¹⁷⁴ Por assim dizer, estende-se a interpretação do termo obrigação de não fazer e fazer a todos os deveres jurídicos que possam ser exigidos dessa forma, independentemente da sua natureza ou origem.

Existe também um outro requisito para o cabimento da astreinte, que é a possibilidade jurídica e fática do adimplemento da obrigação, pois de nada adianta a sua cominação se o objetivo, ou seja, o cumprimento da obrigação específica, for impossível de ser alcançado.¹⁷⁵

Imperioso se anotar que a eficácia predominante do provimento requerido não é óbice para eventual cominação da astreinte, visto que em caso da existência de necessidade de coerção para se atingir uma obrigação específica, não há prejuízo aos demais provimentos que estão umbilicados ao provimento de eficácia mandamental.

¹⁷³ TALAMINI, op. cit., p. 236

¹⁷⁴ Ibidem. p. 127. O autor cita que este é o posicionamento de DINAMARCO, WATANABE, ZAVASCKI, MARINONI e OVÍDIO BAPTISTA.

¹⁷⁵ Ibidem. p. 242. AMARAL, op. cit., p. 81.

Nesse ponto, sustenta Talamini que “A cominação de multa, portanto, não é o aspecto essencial para a definição da eficácia preponderante do provimento. Significará, por vezes, apenas pequena carga de força mandamental em provimento de outra natureza.”¹⁷⁶

Por outro lado, é bom que se fixe que a astreinte, por ser medida coercitiva, somente é cabível em casos em que a vontade do devedor é imprescindível para o cumprimento da obrigação. Desse modo, não existe possibilidade de se estipular esse tipo de multa em provimentos cuja eficácia seja puramente declaratória ou constitutiva, pois tais provimentos são o bastante para o fim almejado. Também não é cabível em caso de provimento essencialmente condenatório, visto que esse depende de atos executivos posteriores, que estão sujeitos à vontade do exequente.¹⁷⁷

Quanto à aplicação da astreinte em provimentos cuja eficácia é executiva, existem duas posições na doutrina.

Uma das correntes, defendida por Marinoni, defende que a astreinte deve ser utilizada de forma mais abrangente, já que a sua capacidade de contribuição para a efetividade processual tem se demonstrado muito grande. Nessa linha de raciocínio, mencionado autor afirma que nada obsta o emprego da astreinte para obrigações de pagar quantia em dinheiro, além das obrigações específicas.¹⁷⁸ Baseia a sua afirmação no alto custo e lentidão do atual sistema brasileiro, o que desestimula o acesso à justiça, além do prejuízo à efetividade.

Desse modo, a proposta de extensão do alcance da astreinte às obrigações de pagar quantia certa poderia pressionar aqueles litigantes que se utilizam decurso do tempo para não pagar ou postergar o pagamento inevitável, o que abre a possibilidade de diminuição da evasão de patrimônio e ainda reduz o prejuízo dos credores com menor poder econômico, que são os que mais sofrem com a demora do processo.

A outra posição, contrária à utilização da astreinte em casos de provimentos cuja eficácia é executiva, como no caso de execução de obrigação de pagar quantia certa, é defendida, dentre outros, por Guilherme Rizzo Amaral.

Referido autor defende que, em se tratando de cumprimento de sentença que estipule condenação de pagar quantia certa, já existe em nosso ordenamento a previsão da

¹⁷⁶ TALAMINI, op. cit., p. 235.

¹⁷⁷ AMARAL, op. cit., p. 91/93.

¹⁷⁸ MARINONI, op. cit., p. 193. No mesmo sentido, conforme cita o autor, é o posicionamento de Michele Taruffo.

aplicação da multa de 10% sobre o montante da condenação, se não houver o pagamento no prazo de quinze dias a partir da intimação, conforme dicção do artigo 475-J, do CPC. Ainda para o autor, o “artigo 475-J não dá margem para o alargamento da referida multa, tampouco permite sua incidência periódica, o que afasta por completo a possibilidade de aplicação das astreintes”.¹⁷⁹

Firme em sua posição, Amaral afirma que nesse caso a letra da lei deve ser cumprida estritamente, por se tratar de um formalismo valorativo, que se pauta na segurança jurídica, além de ser uma “garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”.¹⁸⁰

Ainda, afirma que essa é uma opção do legislador e que, se for considerada como um meio não efetivo de tutela, somente cabe ao próprio legislador mudar a lei, e não ao juiz assim proceder. Também existem alguns julgados nesse sentido, acerca da não aplicação da astreinte em obrigações de pagar quantia certa.¹⁸¹

Contra a aplicação de astreinte em obrigação de pagar quantia certa em ação de execução, sustenta o autor que se o juiz tem meios de execução direta em seu poder, não há que se falar na aplicação de meios coercitivos para reforçar a execução.¹⁸²

Ao que parece, embora a intenção daqueles que defendem o cabimento da astreinte em obrigações de pagar quantia certa seja pertinente em termos de efetividade, com razão está a corrente contrária.

Além da falta de previsão legal da aplicação da astreinte para esse tipo de obrigação, visto que as hipóteses que dão ensejo ao cabimento da multa estão previstas apenas para as obrigações de fazer, não fazer e dar, há a preocupação com o abuso da atividade jurisdicional e também com a possibilidade de onerar sobremaneira o devedor, contrariamente ao que prevê o artigo 620, do CPC.

Assim, deve ser respeitada a opção legislativa então vigente, considerando-se que o respeito às formas assegura a segurança jurídica e, no caso, não importa em prejuízos ao demandante, pois já existe a multa do artigo 475-J do CPC para a execução de quantia certa

¹⁷⁹ AMARAL, op. cit., p. 123.

¹⁸⁰ Ibidem. p. 123.

¹⁸¹ REsp nº 770.295/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 27/09/2005.

¹⁸² AMARAL, op. cit., p. 97.

em fase de cumprimento de sentença, bem como que meios executivos diretos e multas previstas nos artigos 600 e 601, do CPC, para a execução de título extrajudicial.

Desse modo, colocando-se os valores na balança, parece ser mais razoável a opção pelo não cabimento da astreinte nas obrigações de pagar quantia certa, já que outras medidas podem servir ao jurisdicionado nesse caso.

Apenas é interessante mencionar que o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que está prestes a implementar o Novo Código de Processo Civil, insere, em seu artigo 387, parágrafo único, a possibilidade do juiz cominar multa coercitiva para terceiro, nos casos em que este for intimado a “informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento”, ou para “exibir coisa ou documento que esteja em seu poder”. O artigo 410 do projeto praticamente reforça essa mesma hipótese, estipulando a possibilidade de cominação da multa para terceiro que se recusa injustificadamente a exibir ou depositar coisa.

Trata-se, portanto, de uma astreinte que seria cominada em hipótese distinta da atualmente prevista, que tem um propósito também coercitivo, mas com um cunho essencialmente judicial, por aparentemente ser um instrumento para auxiliar o juiz na formação de seu convencimento, e não para possibilitar o cumprimento da obrigação específica.

3.7. Sujeito Passivo

Existe uma controvérsia sobre quem seriam os possíveis sujeitos a figurar como destinatários de uma decisão que contenha a estipulação da multa por período de atraso. Discute-se se e o autor, terceiros em relação ao processo, a Fazenda Pública, representantes de Pessoas Jurídicas Públicas ou Privadas poderiam ou não ser atingidos pelos efeitos de uma decisão acompanhada pela imposição de astreinte.

Inicialmente, consigna-se que o sujeito passivo da multa é, por excelência, o réu. E sobre a posição de réu, não há dúvidas de que ele poderá ser Pessoa Jurídica de Direito Público ou Privado. Inclusive, sobre a possibilidade de cominação da astreinte em desfavor de órgão do Poder Público, doutrina¹⁸³ e jurisprudência¹⁸⁴ já se manifestaram nesse sentido. De

¹⁸³ TALAMINI, op. cit., p. 241; e AMARAL, op. cit., p. 128.

fato, não há que se falar em contrário, visto que o serviço público deve ser prestado de forma igual ou quiçá melhor do que o serviço privado.

Sobre a possibilidade de incidência da multa em desfavor de um “presentante” de uma Pessoa Jurídica Pública, não parece ser essa hipótese correta. Ora, o agente, apesar de agir com sua própria razão, pertence a um órgão público. A obrigação específica é do Estado e, portanto, ele deverá ser responsabilizado, já que a responsabilidade estatal não recai sobre seus funcionários, nos termos do artigo 37, da CF, assegurada a apuração de sua responsabilidade individual. Assim, sendo a legitimidade passiva da entidade e não do seu “presentante”, seria absurdo se imputar responsabilidade àquele que sequer teve chance de se defender no processo.¹⁸⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, também não se pode conceber a aplicação de multa em desfavor de um representante ou dirigente de uma Pessoa Jurídica Privada. De fato, as sociedades têm personalidade distinta de seus sócios e funcionários, de acordo com seus atos constitutivos. Desse modo, quando a obrigação específica é de responsabilidade da empresa, esta é quem é obrigada a cumprir com seu dever. Os seus representantes, funcionários e dirigentes, que fazem parte da estrutura e que irão colocar em prática os atos da empresa, apenas poderão ser cobrados, em caso de sua responsabilidade por culpa ou dolo, por meio de ação de regresso, como bem prevê, e.g., o artigo 158, da Lei das S.A.¹⁸⁶

Quanto à responsabilização dos sócios, esta deverá obedecer ao devido processo legal, com a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50, do CC, ou do artigo 28, do CDC, sendo um procedimento imprescindível, haja vista o princípio da autonomia patrimonial que rege o direito societário.

Embora esse seja o entendimento que jaz mais apropriado, é bom que se registre que existe posicionamento em contrário.¹⁸⁷ Scarpinella, por exemplo, defende a possibilidade

¹⁸⁴STJ, 2. T., AgRg no REsp 1.124.949/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 09.10.2012, *DJe* 18.10.2012; STJ, 2. T., AgRg nos EDcl no AREsp 161.949/PB, rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.08.2012, *DJe* 24.08.2012; STJ, 2. T., AgRg no REsp 1.305.496/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.05.2012, *DJe* 21.05.2012; STJ, 5. T., AgRg no AREsp 7.873/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.04.2012, *DJe* 29.05.2012; STJ, 1. T., AgRg no AREsp 23.782/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 20.03.2012, *DJe* 23.03.2012; STJ, 6. T., AgRg no Ag 1.265.235/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 25.10.2011, *DJe* 21.11.2011; e STJ, 2. T., REsp 1.256.599/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.08.2011, *DJe* 17.08.2011.

¹⁸⁵ TALAMINI, op. cit., p. 453; e AMARAL, op. cit., p. 129.

¹⁸⁶ AMARAL, op. cit., p. 130.

¹⁸⁷ Defendido, por exemplo, por ZARONI, Bruno Marzullo apud AMARAL, op. cit., p. 129.

de incidência da astreinte sobre pessoas físicas representantes de Pessoas Jurídicas pelas seguintes razões:

As pessoas jurídicas só têm vontade na exata medida em que as pessoas físicas que as representam a manifestam. Se a multa é mecanismo que visa a influenciar decisivamente essa vontade (que, por definição, só pode ser humana), não há como afastar sua incidência direta e pessoal sobre os representantes das pessoas jurídicas, sejam elas privadas ou públicas.¹⁸⁸

Em que pese mencionado posicionamento, discordamos de tal. Como já dito, a vontade que deve ser coagida é a do titular da obrigação, que pode ser uma pessoa jurídica (ficção jurídica). Embora ela seja representada por pessoas físicas, não se pode descartar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o que importa em concluir que a pessoa física não pode ser responsabilizada ou coagida pessoalmente para fatos que digam respeito à pessoa jurídica, salvo se houver a desconsideração da personalidade.

Também cabe ser ressaltado, o que vale, inclusive, para terceiros, que há uma diferença muito grande entre os escopos da astreinte e a multa por atentado à dignidade da Justiça, ou mesmo litigância de má fé. As astreites são destinadas somente à coerção, nos casos de obrigações específicas, conforme disciplinado em lei, como já explorado no tópico relativo às hipóteses de cabimento.

Pois bem, se um terceiro, que não seja o devedor da obrigação, estiver dificultando a realização dessa obrigação específica, ele deverá ser condenado ao pagamento de uma multa de natureza de *contempt of court*, nos termos do artigo 14, do CPC, prestação essa que assume o caráter punitivo, que se difere muito do caráter coercitivo da astreinte, que não pode ser desnaturalizado, já que esse instituto não é o remédio para todos os males do processo.

Nesse sentido, acerca da diferenciação entre a astreinte e a multa do artigo 14, Amaral enumera importante julgado no âmbito do STJ, no qual os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux afastam a incidência da multa em desfavor de um gerente da CEF, que criou empecilhos ao cumprimento de uma obrigação de fazer.¹⁸⁹ Naquele julgado, referidos ministros e doutrinadores entenderam pela exclusão do gerente do pólo passivo da demanda, pois, como apontado, a astreinte somente tem finalidade de pressionar o devedor de obrigação

¹⁸⁸ BUENO, op. cit., p. 407

¹⁸⁹ Ibidem. p. 129/130. REsp. 679048/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 03/11/2005.

específica e, se o gerente não é o devedor, não deve responder pela dívida gerada pela astreinte.

Como já explorado anteriormente, o Novo Código de Processo Civil, insere, em seus artigos 387, parágrafo único, e 410, a possibilidade de estipulação de uma modalidade de astreinte em desfavor de terceiro. Entretanto, **referida multa será destinada à hipóteses já enumeradas (ligadas à instrução do processo), e não à coerção para o cumprimento de obrigação específica**, razão por que ainda restará dúvidas quanto à aplicação de astreinte contra terceiros para cumprimento de obrigação específica.

Por fim, também há que se afastar a possibilidade de cominação de astreinte em desfavor do autor.

Inicialmente, deve ser observada a correta exegese dos dispositivos que regem a multa no CPC. Com efeito, tanto os parágrafos 4º e 5º do artigo 461, bem como o artigo 287 estabelecem que **o réu** será o atingido pela cominação de multa. Ou seja, como adverte AMARAL, não há previsão legal para a coação do autor ao cumprimento de certo mandado, sob pena de multa.¹⁹⁰

Ademais, referido autor ainda adverte que é impossível o réu requerer um provimento cuja eficácia seja mandamental, pois o réu sempre requer um provimento de cunho declaratório negativo. E quando se trata de reconvenção, na verdade o réu originário se torna autor na reconvenção.¹⁹¹

Novamente, há que se ponderar que ao autor poderá ser cabível a condenação por ato atentatório à dignidade da Justiça, com base na aplicação do artigo 14, do CPC, medida de cunho punitivo, nos casos em que o juiz verificar essa possibilidade.

Em sentido contrário, há quem defenda que a astreinte pode ser aplicada a qualquer uma das partes, no curso do processo, sob o argumento de que a lei não proíbe tal possibilidade e de que a todos é dever o cumprimento incondicionado das ordens judiciais.¹⁹²

Todavia, essa posição não pode prosperar, primeiro, porque nesse caso a norma não pode ser interpretada de modo extensivo, por se tratar de matéria de ordem pública; e também porque na hipótese de descumprimento abusivo de um mandamento do juiz, a multa

¹⁹⁰ Ibidem. p. 132.

¹⁹¹ Ibidem. p. 132.

¹⁹² SPADONI apud AMARAL, op. cit., p. 131.

com caráter punitivo não é a astreinte, que tem caráter coercitivo, mas a multa do artigo 14, do CPC.

3.8. Periodicidade

A redação dos §4º, tanto do artigo 461 do CPC, quanto do artigo 84 do CDC, prevê a possibilidade do juiz impor ao réu, em sede de antecipação da tutela ou na sentença, multa diária.

Todavia, essa redação não é tecnicamente correta.

Com efeito, o entendimento consolidado sempre foi o de que a astreinte poderia ser prescrita de modo distinto à forma diária.¹⁹³ Nesse sentido, Marinoni bem assevera que “a forma diária não é adequada para evitar violações de natureza instantânea”.¹⁹⁴

Referido autor inclusive cita o Art. 829-A do Código Civil português, o qual estabelece que o devedor de obrigação específica poderá ser condenado ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento, ou por cada infração, conforme as circunstâncias do caso.¹⁹⁵

E não é de se esperar entendimento diverso, mesmo em se dando interpretação extensiva a dispositivo legal, visto que existem situações de ilícito continuado, que podem dar margem à estipulação da multa por interstício mais longo; bem como existem situações em que o ilícito é praticado esporadicamente, e.g. no caso de tutela inibitória, situações em que poderá ser cominada astreinte por ato cometido; e existem ainda situações em que o ilícito é instantâneo, de modo que cada minuto ou hora de descumprimento pode causar prejuízos muito grandes, o que implica na necessidade de imposição de multa por período mais exíguo do que o diário.

Sobreveio a reforma da Lei nº 10.444/02, que alterou a redação do §5º do artigo 461 do CPC, o que consolidou o entendimento supra. Com a nova redação, ficou expresso, *in fine*, que “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático

¹⁹³ BUENO, op. cit., p. 404.

¹⁹⁴ MARINONI, op. cit., p. 107

¹⁹⁵ Ibidem. p. 108.

equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa **por tempo de atraso (...)**”.

Assim, até por expressa disposição do CPC, a multa poderá ter periodicidade diversa da diária, de acordo com as necessidades de cada situação, de modo a prestigiar a efetividade do processo, sem olvidar, como de regra, da observância do princípio da proporcionalidade.

3.9. Momento de imposição

A redação dos parágrafos 3º e 4º fornece a conclusão de que a astreinte poderá ser estipulada em momento liminar, com ou sem justificação prévia, além da possibilidade da sua estipulação em sentença.¹⁹⁶

Todavia, a leitura desses dispositivos não deve ser feita de modo estrito, pois as suas redações não conceberam hipóteses específicas que jazem a necessidade da cominação da multa.¹⁹⁷

Nesse sentido, é de se imaginar que após o deferimento de liminar para o cumprimento de obrigação de fazer, mas sem a estipulação de astreinte, não cumpra o réu com a determinação do juiz. Desse modo, por meio de decisão interlocutória, poderá o juiz impor a multa como meio coercitivo que se propõe a atingir a eficácia pretendida.

Já que se pode o mais, também se pode o menos. Ou seja, já que é prevista a cominação inclusive de ofício da astreinte em momento liminar, é perfeitamente possível a sua cominação por meio de qualquer decisão interlocutória.

¹⁹⁶ § 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.

¹⁹⁷ SAPADONI apud AMARAL, op. cit., p. 136.

Afirma-se também que “é também possível a fixação da multa em sede recursal, caso nesta seja deferida medida antecipatória (como, por exemplo, ocorre pela redação do artigo 527, III) ou definitiva.”¹⁹⁸

Esse entendimento realmente tem fundamento legal, mesmo que de forma não expressa.

Pois bem, se é permitido ao relator “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal”, nos termos do artigo 527, III, do CPC,¹⁹⁹ e se a antecipação da tutela (artigo 273) permite a utilização das medidas previstas no artigo 461, é perfeitamente possível a cominação da astreinte em sede recursal, estendendo-se esse entendimento para todos os recursos, desde que previstos os requisitos para a sua utilização.²⁰⁰

Sobre a antecipação da tutela, embora não haja menção expressa à necessidade de requerimento do autor, não se pode descartar essa necessidade, visto que eventuais prejuízos decorrentes dessa medida incidirão em desfavor do autor.²⁰¹ Entretanto, requerida a antecipação da tutela, a astreinte poderá ser aplicada pelo magistrado independentemente de requerimento, de acordo com a previsão do §4º, do artigo 461, do CPC.

3.10. Incidência

Também é uma importante questão de aplicação da astreinte a delimitação do marco inicial de incidência da multa (termo *a quo*) e do marco final (termo *ad quem*), para fim de cômputo de eventual montante acumulado da multa coercitiva, que passa a ter caráter indenizatório.

¹⁹⁸ AMARAL, op. cit., p. 137.

¹⁹⁹ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

(...)

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

²⁰⁰ AMARAL, op. cit., p. 137.

²⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 157.

3.10.1. Termo *a quo*

A multa por período de atraso de decisão que determina o cumprimento de obrigação específica começa a ter incidência imediatamente após o fim do prazo estipulado pelo juiz para o cumprimento.

Assim, por exemplo, se o juiz determinar ao réu que faça determinado serviço, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, caso o réu não atenda a essa determinação, no sexto dia após a intimação do réu já se inicia a contagem da multa. Da mesma forma, se for determinada a realização de uma cirurgia urgentíssima, no prazo de 12 horas, sob pena de multa de R\$10.000,00 por hora de atraso, a partir da décima terceira hora passa a incidir a multa.

Esse entendimento, sustentado pela maioria da doutrina²⁰², é o mais acertado, visto que a obrigação específica pode requerer a atuação imediata, e a coerção deve ser capaz de proporcionar à tutela a efetividade almejada.

Entretanto, há quem sustente que o prazo *a quo* passa a contar a partir do dia seguinte do descumprimento²⁰³, provavelmente por ter sido esse entendimento construído antes da vigência da nova redação do §5º, do artigo 461, do CPC, que passou a prever a possibilidade da cominação da multa por qualquer período de tempo, não somente dias. Mesmo assim, é bom repisar que ainda antes dessa redação já se aceitava a estipulação da astreinte em período diferente de um dia.

Dessa forma, as regras dos artigos 132 do CC e 184, do CPC coincidem com a aplicação da astreinte no caso em que o período estipulado for diário. Entretanto, a regra do artigo 184, segundo o qual “salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento”, que depende da interpretação conjunta com o seu parágrafo 2º e os artigos 240 e 241, do CPC, não se aplica às hipótese em que a multa for aplicada em período inferior ao dia, como hora, minuto e por que não, segundo.²⁰⁴

²⁰² TALAMINI, op. cit., p. 248; e AMARAL, op. Cit. P. 141/142, citando inclusive, que esse também é o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier, Sapadoni, Theodoro Júnior e Marcelo de Lima Guerra.

²⁰³ Nesse sentido, segundo AMARAL: Barbosa Moreira, Araken de Assis e Teori Zavascki – AMARAL, op. cit., p. 142.

²⁰⁴ Ibidem. p. 143.

Importante se destacar que a Súmula 410, do STJ, veio a colocar uma pedra sobre a discussão acerca da necessidade ou não de intimação pessoal do réu para o cumprimento de obrigação específica. De fato, decidiu referido egrégio tribunal que “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, em 25/11/2009).

Assim, só passa a correr o prazo para o cumprimento da obrigação imposta pelo juiz quando ocorrer a intimação pessoal do réu, não sendo necessária a juntada aos autos do AR ou do mandado devidamente cumprido.²⁰⁵ Esse entendimento inclusive tem respaldo na jurisprudência do STJ.²⁰⁶

3.10.2. Termo *ad quem*

É também importante que se explique qual é o termo final para a incidência da multa.

Sobre essa questão, Talamini andou muito bem ao afirmar que:

Também o termo final é definido levando-se em conta a finalidade de pressão psicológica. A multa incidirá até o cumprimento da ordem ou, se não cumprida, enquanto houver possibilidade de sê-lo ou não existir pedido de conversão em perdas e danos. Não parece correto afirmar que a multa fluiria até o pagamento das perdas e danos. Deixando de ser possível ou ser querido pelo autor o cumprimento específico, já não há mais o que autoriza o emprego do meio coercitivo.²⁰⁷

Dessa forma, já que a astreinte não tem prazo definido para incidir, a cessação da sua incidência será marcada pelo cumprimento da obrigação, pela desistência do autor desse

²⁰⁵ Ibidem. p. 146.

²⁰⁶ REsp nº 633.105/MG, rel Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 25/09/2006, in AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit., p. 147.

²⁰⁷ TALAMINI, op. cit., p. 249.

meio para a utilização de outro, pela perda da possibilidade do cumprimento da obrigação específica ou pelo pedido do autor em convertimento da obrigação em perdas e danos.²⁰⁸

Mas pode ocorrer a situação em que a obrigação não é cumprida, o autor não opte por outro meio de execução e também não requer a conversão em perdas e danos, ainda sendo possível que a obrigação específica seja cumprida na sua forma originária.

Nesse caso, pode decorrer um largo espaço de tempo, o que importa no acúmulo bem oneroso da multa. Todavia, a multa tem caráter coercitivo e, se ainda houver possibilidade de cumprimento da obrigação em sua forma específica, a coerção é sadia e válida. Assim, nada impede que o juiz diminua o valor da multa, se verificar que ela se tornou muito onerosa, mas isso não implica em concluir que a multa não possa incidir sobre um largo período de tempo, pois não há limite de tempo e nem de valor para a multa, como será tratado a seguir.

3.11. Limites e possibilidade de modificação do valor da astreinte

Os termos de incidência da multa por período de atraso deverão ser estipulados segundo alguns parâmetros subjetivos e objetivos.

Como critério objetivo, deverá ter-se em vista o valor econômico da obrigação específica envolvida, pois soaria muito desproporcional cominar uma multa ao devedor bem acima do valor econômico que o objeto representa. Mas é importante ressaltar que nada impede que a astreinte possa acumular um montante que ultrapasse o valor da causa.²⁰⁹ Apenas quer se dizer que no momento da estipulação da multa, não poderá o juiz, por exemplo fixar multa diária de R\$5.000,00 para o caso de um fornecedor não baixar o registro do nome um consumidor em cadastros de proteção ao crédito, referente à uma anotação de apenas R\$100,00.

Como já exposto nessa monografia, principalmente no tópico referente às medidas de apoio, deverá sempre o princípio da proporcionalidade balizar a estipulação do valor da astreinte.

²⁰⁸ Nesse sentido: MOREIRA apud AMARAL, op. cit., p. 150; ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 500; e TALAMINI, op. cit., p. 249.

²⁰⁹ MARINONI, op. cit., p. 190

Sem prejuízo dessas observações, não se pode fugir da análise das características do devedor o qual se busca a coerção por meio da imposição de multa por descumprimento de ordem do juiz.

Nesse contexto, o valor da multa deverá ser fixado em sintonia com algumas peculiaridades relacionadas à pessoa do devedor, mormente no que toca à sua capacidade econômica.

Quanto a esse ponto, capacidade econômica do devedor, assenta-se que o valor da multa deve causar no ímpeto do réu a necessidade de cumprir com a determinação do juiz, sob pena da astreinte perder a sua eficácia. Vale dizer, para cumprir a sua missão, a multa tem que ter valor mais alto para aquele que tem condições econômicas mais privilegiadas.²¹⁰

De outra banda, a multa não poderá ser onerosa demais, sob pena de sufocar o devedor de pequeno patrimônio, o que atenta à sua dignidade, nos termos, dentre outros dispositivos, do artigo 620, do CPC.

Embora no Brasil não haja previsão legal nesse sentido, há ordenamentos que consignam expressamente essa questão, como o Código de Processo Civil argentino²¹¹.

Além desses parâmetros, entendemos que também poderá servir de objeto para a análise do julgador, no momento da cominação da multa, o fato de o devedor já ter um histórico de inadimplência.

Não se pode negar que existem várias pessoas que são devedoras contumazes, que somente cumprem suas obrigações quando são cobrados ou quando não há mais condições de protelar o pagamento de uma prestação.

Nesse sentido, demonstrando o credor que o seu devedor tem um histórico desfavorável ao cumprimento voluntário, apresentando provas nesse sentido, como, por exemplo, sentenças transitadas em julgado que demonstrem o descumprimento de uma obrigação específica, poderá o juiz se valer dessas informações para fixar um valor mais alto para a astreinte.

Quanto ao prazo para o cumprimento da medida que carregue o mandamento obrigacional específico, também não há uma fórmula fixada em lei. Aqui também deverá o

²¹⁰ Ibidem. p. 106.

²¹¹ Ibidem. p. 107.

juiz analisar as circunstâncias externas ao processo. Nesse ponto, afirma TALAMINI que “o lapso de tempo concedido ao réu não poderá ser curto em demasia, de modo que impeça de cumprir a ordem tempestivamente, ainda que queira; nem longo a ponto de ser inócua a tutela que se concedeu ao autor.”²¹²

Assim, em que pese a possibilidade de utilização desse expediente, deverá sempre se observar, em última análise, o objeto da obrigação, a capacidade econômica do devedor, além do princípio da proporcionalidade.

O valor da multa, uma vez fixado, não fica “petrificado pela coisa julgada material”.²¹³ Conforme as circunstâncias em que a multa foi aplicada se modificarem, poderá o juiz, mesmo de ofício, reduzir ou aumentar o valor da multa, visto que a astreinte não pode garantir a comodidade ao devedor de que o não cumprimento importará numa sanção fixa e que não pode ser agravada. Por outro lado, se no caso de descumprimento da ordem dada pelo juiz implicar num valor acumulado da astreinte que se mostre muito oneroso, há que se admitir a redução do valor da multa, sob pena de enriquecimento ilícito ou até mesmo de um efeito confiscatório da totalidade do patrimônio do descumpridor.²¹⁴

O próprio CPC, quando trata da astreinte em seu parágrafo 4º do artigo 461, que deve ter sua interpretação feita em conjunto com a leitura do §3º, do mesmo artigo 461, estipula a possibilidade de o juiz, a qualquer momento e em decisão fundamentada, revogar ou modificar a medida liminar deferida.²¹⁵ Assim, a lei prescreve a possibilidade de revogação da astreinte, além do aumento ou diminuição do seu valor.

É importante que se ressalte que o juiz somente poderá reformar ou revogar a sua própria decisão que cominou a astreinte quando esta for liminar, visto que a sentença só pode ser modificada em casos previstos na lei processual, conforme dicção do artigo 463, do CPC.

Com efeito, referido dispositivo afirma que a sentença pode ser modificada pelo seu prolator para “The corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou

²¹² TALAMINI, op. cit., p. 248.

²¹³ MARINONI, op. cit., p. 112.

²¹⁴ Ibidem. p. 113.

²¹⁵ § 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.

Ihe retificar erros de cálculo”. Fora essa hipótese, também poderá ser modificada a sentença pelo próprio juiz que a produziu no caso de acolhimento de Embargos de Declaração, nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, conclui-se que a astreinte fixada em sentença somente poderá ser revogada ou modificada nas hipóteses acima descritas ou por meio de recurso de apelação.

Modificada a decisão que veicula a astreinte, vem à tona a discussão acerca dos efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* da nova decisão, já que o parágrafo 6º do artigo 461 nada dispõe acerca.

Nesse ponto, encontra-se na doutrina o entendimento de que a modificação do valor da multa deverá ter, de regra, efeitos *ex nunc*.

Amaral, abordando o tema pelo prisma da impossibilidade de a decisão do juiz retroagir no tempo para prejudicar o devedor, afirma que se assim fosse possível, “estaria promovendo a sua punição [do réu], o que descaracteriza as astreintes”.²¹⁶

No mesmo sentido, mas a partir da hipótese de impossibilidade de se retroagir em favor do réu, Talamini aponta que “não há base legal para o juiz, retroativamente, vir a eximir total ou parcialmente o réu de multa que incidiu de forma válida”.²¹⁷

O mesmo autor adverte, entretanto, que a multa só é retificada com efeitos *extunc* se tiver havido defeito em sua fixação.²¹⁸ Realmente, este parece ser o melhor entendimento, visto que, nesse caso, tratar-se-á de nulidade, por se tratar de matéria não disponível, de ordem pública, que compromete o ato que impôs a astreinte.

Entretanto, no plano jurisprudencial, pode-se observar a existência de entendimento diverso, para o qual a redução da multa é retroativa (*ex tunc*), ao passo que sua majoração seria apenas a partir do momento da nova decisão (*ex nunc*).²¹⁹

O entendimento de que existe retroatividade para a decisão que minora o valor da astreinte deve ser encarado com cautela, mas não há que se descartá-lo de todo.

²¹⁶ AMARAL, op. cit., p. 162.

²¹⁷ TALAMINI, op. cit., p. 249.

²¹⁸ Ibidem. p. 249.

²¹⁹ STJ, 2. S., AgRg na Rcl 5.110/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2011, *DJe* 30.06.2011; STJ, 4. T., AgRg no AREsp 241.097/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 13.11.2012, *DJe* 07.12.2012; STJ, 4. T., EDcl no AgRg no Ag 742.434/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18.10.2012, *DJe* 23.10.2012.

De fato, há casos em que se observa que o réu, apesar de não cumprir a obrigação específica, se empenhou para tentar cumprir com a determinação. Para essa hipótese, de colaboração relativa do réu, aferível por meio de provas, parece ser justa a minoração do montante que se demonstrar excessivo.

Por outro lado, esse juízo deve ser feito de forma cuidadosa, como já colocado anteriormente, visto que modificações de decisões que minoram a astreinte acabam por desprestigiar o poder coercitivo da multa, pois sempre o réu terá a esperança de derrubar ou diminuir o valor da astreinte, o que estimula o descumprimento da decisão mandamental.

Nesse mesmo sentido, colaciona-se abaixo trecho de um interessante julgado do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andriahi, que explora justamente a impossibilidade de se minorar o montante acumulado da multa, devido à postura inerte e descompromissada do devedor:

O valor justo da multa é aquele capaz de dobrar a parte renitente, sujeitando-a aos termos da lei. Justamente aí reside o grande mérito da multa diária: ela se acumula até que o devedor se convença da necessidade de obedecer a ordem judicial. - A multa perdurou enquanto foi necessário; se o valor final é alto, ainda mais elevada era a resistência da recorrente a cumprir o devido. A análise sobre o excesso ou não da multa, portanto, não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo - agora que a prestação finalmente foi cumprida - procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor.²²⁰

Acerca da retroatividade ou não dos efeitos de uma decisão (*lato sensu*) que venha a incidir sobre uma decisão anterior que tenha fixado a astreinte, bom que se assente que essa discussão é ainda mais fértil quando se trata da revogação completa da decisão que lastreava a multa. Esse será o próximo tema a ser discorrido.

Por derradeiro, a versão de 25/03/2014 do Projeto do Novo Código de Processo Civil estabelece, em seu artigo 551, §1º, que a modificação do valor ou da periodicidade da astreinte não terá eficácia retroativa. Vale dizer, a eficácia da decisão que modificar a astreinte terá, por expressa previsão legal, apenas efeitos *ex nunc*.

²²⁰ STJ, 3. T., REsp 1.022.033/RJ, rel. Min. Nancy Andriahi, j. 22.09.2009, DJe 18.11.2009

3.12. Hipótese de revogação da decisão que cominava a astreinte

Tema extremamente controvertido no universo da aplicação da astreinte é a sua exigibilidade quando da hipótese em que a decisão, *lato sensu*, que cominava a astreinte, for revogada.

Em outras palavras, e para exemplificar a hipótese, caso a sentença revogue a decisão liminar que estipulava ao réu o cumprimento de medida específica, sob pena de multa, ou sobrevém um Acórdão que reforme esta decisão ou mesmo a sentença, como ficaria a exigibilidade da multa durante o período da sua vigência?

Logo se nota que dois caminhos lógicos poderão ser adotados. Ou a astreinte tem eficácia durante o período em que a decisão revogada tinha eficácia, ou não.

Há uma corrente que entende que a decisão revogada deve ter sua eficácia respeitada durante o período em que se acreditava que o autor tinha razão e, portanto, a astreinte pode ser exigida para aquele período, sob pena de a medida ser considerada inócua.

Nesse diapasão, para os adeptos desse entendimento, a exigibilidade da multa fixada antecipadamente ou mesmo em sentença “subsiste mesmo em caso de decisão final ser desfavorável ao exequente.”²²¹

No mesmo sentido, Guerra também defende a exigibilidade da multa, por alegar que “a multa diária é, portanto, medida de caráter processual, não tendo qualquer ligação direta com o direito substancial para o qual se pede a tutela executiva.”²²²

Na jurisprudência, encontram-se vários julgados alinhados a esse entendimento. Apenas para exemplificar, cita-se trecho no Acórdão prolatado no AgRg no REsp nº 724160/RJ, da Terceira Turma do STJ, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, de 04/12/2007:

Independentemente da solução que foi dada à causa pela sentença definitiva, as decisões interlocutórias têm vida própria e, operada a preclusão em relação a elas, podem servir de título para execução definitiva. Assim, a

²²¹ BUENO, op. cit., p. 407.

²²² GUERRA, Marcelo de Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 207.

multa cominatória se tornou exigível com a preclusão da decisão que a estabeleceu.²²³

Data máxima vênia, é curial se fixar que, pelo fato da astreinte ser um “instrumento do instrumento”, uma medida de apoio processual, deve prevalecer o entendimento de que a multa não subsiste quando o fundamento da sua cominação for declarado improcedente. Isso porque, como já discorrido no tópico relacionado à natureza da astreinte, apesar de a multa ter caráter processual, **ela é acessória à decisão mandamental**, dependente indireta da obrigação material (instrumentalidade processual) e também de cunho estritamente coercitivo, não punitivo.

Com efeito, muito válido o argumento de Marinoni de que “a função coercitiva da multa não tem relação com o momento da cobrança de seu valor, mas sim da possibilidade desta cobrança.”²²⁴ Em outras palavras, se a essência da astreinte é pressionar, ser coercitiva, a sua exigibilidade no caso de improcedência da tese que ancorava a sua cominação não tem razão de ser, visto que a multa ora estudada não tem caráter indenizatório.

Não obstante, não se pode conceber o mínimo rompimento do processo com a sua finalidade maior, que é a de resguardar a observância das regras de direito material, segundo a mais moderna doutrina alinhada à fase instrumentalista do processo, como já tratado na introdução do presente trabalho.

Nessa toada, seria um contra senso aceitar a premissa de que a astreinte foi criada justamente para resguardar o cumprimento de obrigações específicas, ou seja, de questões peculiares do direito material; mas que por outro lado, trata-se meramente de um instrumento que deverá ser exigido mesmo após ter sido o direito material declarado inexistente.

Também não pode prosperar o entendimento de que a multa é exigível por se creditar à astreinte a natureza de *contempt of court* punitivo, como defende Arenhart.²²⁵

Na verdade, como já esclarecido no tópico referente à comparação da astreinte com o *contempt of court*, a astreinte brasileira mais se parece com o *contempt* em sua modalidade coercitiva cível, e não à qualquer modalidade punitiva. Ademais, essa distinção é

²²³ AMARAL, op. cit., p. 197.

²²⁴ MARINONI, op. cit., p. 109.

²²⁵ ARENHART apud AMARAL, op. cit., p. 195.

muito bem clara na jurisprudência americana, como apontado por Amaral em sua obra, e cujo trecho vale a pena ser transcrito abaixo:

Não se conclui, é claro, que simplesmente por conta de o demandado poder ser punido por *contempt* criminal por desobediência de uma ordem posteriormente afastada em grau de recurso, que o autor poderá se beneficiar de uma multa imposta em procedimento simultâneo de *contempt* civil baseado na violação da mesma ordem. O direito ao remédio [civil] cai com a ordem caso se prove que esta tenha sido expedida indevidamente.²²⁶

Com acerto, a corrente que defende a tese de que a multa cominada perde a sua exigibilidade em face de decisão posterior que revoga a anterior que estabeleceu a incidência da astreinte tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais estaduais²²⁷, bem como do STJ.²²⁸

De fato, para o entendimento da corrente majoritária, caso seja reconhecido que a decisão ou sentença em favor do autor que cominou a astreinte em desfavor do réu seja retificada, de modo que o pedido do autor tenha sido declarado improcedente, não mais será exigível o crédito derivado da multa.²²⁹

O professor Dinamarco é um defensor desse entendimento. No caso de fixação da multa cominatória em antecipação de tutela, diz ele: "enquanto houver incertezas quanto à palavra final do Poder Judiciário sobre a obrigação principal, a própria antecipação poderá ser revogada, com ela, as 'astreintes'"²³⁰. Noutras palavras, caso a medida que antecipar os efeitos da tutela for revogada, também assim será com a astreinte, ao passo que ela não pode ser exigida.

Se o autor não tinha nenhum direito desde o início, não há que se falar em qualquer execução de astreintes pelo descumprimento de obrigação inexistente. Aliás, poderia se dar o reconhecimento, inclusive, de que o autor da demanda estava com má fé.²³¹

²²⁶ Tradução livre, referente ao caso U.S. v. United Mine Workers of America, In.: AMARAL, op. cit., p. 195.

²²⁷ Apelação nº 70012173563, TJRS, 2ª Câmara Cível, Relator Arno Werlang, julgado em 12/04/2006; AI nº 2009.002.14839, TJRJ, 13ª Câmara Cível, decisão monocrática da Rel. Des. Nametalia Machado Jorge, 16/04/2009; Apelação nº 1.0693.08.071753-3/001, TJMG, Rel. Des. Cláudia Maia, julgado em 15/01/2009); AI nº 7.106.054-1.23, TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rizzato Nunes, julgado em 07/03/2007. In: AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. Cit. P. 198/199.

²²⁸ AgRg no Ag 1.383.367/PB; EDcl no REsp 1.138.559/SC; REsp 661.683/SP; MS 11.957/DF – in: BUENO, Cássio Scarpinella. Op. Cit. P. 407. Também: REsp 1.016.375/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 08.02.2011 e REsp 445905/DF, Terceira Turma, relator Min. Humberto Gomes de Barros, 23/11/2005.

²²⁹ TALAMINI, op. cit., p. 255.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 240.

²³¹ NUNES, op. cit.

Esse entendimento, que tem prevalecido, indubitavelmente é o mais acertado, visto que o argumento de que o crédito da astreinte deve servir também para prestigiar a autoridade do Judiciário não vai ao encontro da natureza da astreinte.

Com efeito, como bem sustenta Talamini, “a legitimidade da autoridade jurisdicional ampara-se precisamente na sua finalidade de tutelar quem tem razão”.²³²

Realmente, o entendimento que se formou muitas vezes em cognição sumária e que se decidiu em última instância estar equivocado, não pode prevalecer e prejudicar o réu, que provou estar com a razão. Se a questão objeto da lide principal for decidida como improcedente para o autor, seria muito injusto e até mesmo representaria enriquecimento ilícito o sucumbente receber qualquer verba a título de astreinte.

Por outro lado, as sanções por afronta ao Poder Judiciário ou até mesmo por deslealdade processual são outras, previstas, por exemplo, nos artigos, 14, 17 e 601, do CPC.

Ademais, como já dito anteriormente, tendo a astreinte característica acessória, “não subsiste a decisão que a fixa se o devedor, por exemplo, for exonerado da obrigação por força de posterior decisão judicial”.²³³

Esse entendimento também é compartilhado por Marinoni, que inclusive cita a lição de Paolo Cendon, referindo-se à experiência francesa sobre a astreinte, o qual afirma ser:

Desconcertante a orientação, minoritária, mas significativa para demonstrar até que ponto uma mitologia pode conduzir - no sentido de que, uma vez impugnada com sucesso a condenação à prestação principal, deveria permanecer em pé a sentença em relação à astreinte, no caso em que houvesse ocorrido a execução provisória.²³⁴

Por derradeiro, e não menos importante, bastante interessante a hipótese ventilada por Amaral, qual seja, a de uma sentença favorável ao autor, num processo que liminarmente foi deferida a antecipação de tutela e, inclusive a astreinte, mas que teve a liminar cassada pelo Tribunal de Justiça (em Agravo de Instrumento).²³⁵

Para o deslinde desse caso, conclui o mencionado autor que, em que pese o requerente ter sagrado vitorioso e, conseqüentemente, demonstrado a plausibilidade de seu pedido, ocorre o efeito da preclusão consumativa, visto que contra o Acórdão do Agravo de

²³² TALAMINI, op. cit., p. 255.

²³³ AMARAL, op. cit., p. 79.

²³⁴ MARINONI, op. cit., p. 109-111.

²³⁵ AMARAL, op. cit., p. 204.

Instrumento cabia recurso, que se não impetrado ou julgado improcedente, confirma o ato praticado pelo Tribunal.²³⁶ Esse exemplo também repisa a própria característica acessória da astreinte, que depende da eficácia da decisão mandamental que a cominar.

3.13. A extinção do crédito da astreinte com base no princípio da boa-fé

A alteração do valor da multa não ofende a coisa julgada, como já exposto anteriormente.²³⁷ Entretanto, discute-se também se o crédito acumulado da astreinte também poderia ser modificado ou até suprimido.

Parece que a melhor interpretação, que inclusive tem sido adotada pelos Tribunais, é a de que o §6º, do artigo 461, do CPC, permite que o montante acumulado da astreinte possa sofrer modificações, já que a redação deixa espaço para uma interpretação ampla.²³⁸

Aliás, como bem aponta Amaral, “a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida, e não sobre as técnicas de coerção utilizadas no decorrer da demanda”.²³⁹ Assim, perfeitamente possível a redução ou supressão do crédito oriundo da multa periódica.

Não se deve olvidar, inclusive, da própria natureza coercitiva da multa, ao passo que sempre essa característica deverá sobressaltar sobre qualquer outro fator a ser considerado, o que permite a diminuição do crédito acumulado, quando se verificar que ele deixa de representar a coerção e passa a demonstrar um enriquecimento ilícito. Como já colocado anteriormente, o valor da multa e do seu montante devem respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não obstante, tem ganhado força, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o montante acumulado da astreinte poderá ser extinto parcial ou totalmente, quando a boa-fé não for observada pelo autor.

²³⁶ Ibidem. p. 204.

²³⁷ Ibidem. p. 266.

²³⁸ § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

²³⁹ AMARAL, op. cit., p. 269.

Com efeito, a boa-fé, princípio externado inclusive no artigo 422, do Código Civil, em sua acepção objetiva, é um *standard* ético-jurídico, que deve ser observado pelas partes de uma obrigação em todas as suas fases. Vale dizer, as condutas dos envolvidos devem ser sempre pautadas pela probidade, cooperação e lealdade, inclusive na seara processual, que também envolve a necessidade de uma proteção da confiança e da manutenção de relações jurídicas subjacentes.²⁴⁰

No caso da aplicação da astreinte, tem se notado a conduta maliciosa de alguns litigantes, que beneficiados por uma decisão que comina a multa, aproveitam do descumprimento da ordem judicial para ficarem inertes até que o montante acumulado do crédito ganhe patamares muito altos. Trata-se de uma conduta oportunista, de abuso de direito (artigo 187, CC), que pode ser comparada à “indústria do dano moral”, mas que no caso pode ser alcunhada de “indústria da astreinte”, visto que muitos têm encarado a decisão que comina a multa como um “bilhete premiado”, capaz de lhe render uma condenação muitas vezes superior ao próprio valor da obrigação específica.

Diante dessa realidade, é perfeitamente possível se extinguir total ou parcialmente o crédito oriundo da astreinte, baseando-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas também no princípio do “*duty to mitigate the loss*”, advindo da *Common Law*, que trata de uma decorrência do princípio da boa-fé objetiva e que se traduz no dever do credor mitigar o seu próprio prejuízo, agindo de forma eficaz na tentativa de recompensar-se dos seus danos.²⁴¹ Desdobramento dessa situação é a ocorrência do fenômeno da *supressio*, que se consuma quando a parte, ao deixar de exercer um direito, por determinado espaço de tempo, vem a perdê-lo devido à consolidação de situação favorável à outra parte.

Nesse sentido, com base no princípio do *duty to mitigate the loss*, o STJ já chegou a extinguir o crédito de um locador, como se pode notar na ementa do julgado abaixo transcrita:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD
ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES

²⁴⁰ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil – aplicação da cláusula geral de boa-fé no Processo Civil. 2002. 326 f.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 237.

²⁴¹ Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.²⁴²

Mais especificamente no que toca à astreinte, o STJ já declarou em várias oportunidades a inexigibilidade do crédito acumulado da multa.²⁴³ Inclusive, já se afirmou no STJ que “a finalidade das astreintes, de compelir o cumprimento de obrigação de fazer, não deve ser desfigurada, de modo a tornar o montante da multa mais desejável (para a parte) do que a satisfação da obrigação principal.”²⁴⁴

Assim, pode-se concluir que o crédito da multa periódica não pode se consubstanciar em enriquecimento ilícito, premiando uma conduta abusiva do autor. Desse modo, o montante acumulado da multa sempre poderá ser revisto ou extinto, observando-se também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que a característica coercitiva da multa, que pretende valorizar a efetividade do processo, não fique em segundo plano.

²⁴² REsp 758.518/PR/RJ, Terceira Turma do STJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17.06.2010

²⁴³ REsp 700.245/PE, Sexta Turma do STJ, rel. Min. Nilson Naves, j. 26/05/2008; REsp 708.290/RS, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 26/06/2007.

²⁴⁴ Trecho elencado por AMARAL, op. cit., p. 271, destacado do Acórdão do REsp700.245/PE, supra.

3.14. Exigibilidade e execução das astreintes

O montante total gerado pela astreinte, que poderá ser exigido pelo credor da obrigação específica descumprida no prazo consignado pelo juiz, só pára de aumentar quando o devedor cumprir a obrigação ou se for obtido um resultado equivalente, ou, ainda, quando a obrigação específica for convertida em indenização por perdas e danos, conforme já explorado nesse trabalho.

Entretanto, há divergências quanto ao momento e de que forma o montante acumulado da astreinte poderá ser executado, já que não há regulação legal nesse sentido.

Quanto ao momento, alguns entendem que “a multa é exigível a partir do instante em que a decisão que a fixa seja eficaz”²⁴⁵, já que a decisão que concede tal tutela produz efeitos imediatos.²⁴⁶ Segundo esse entendimento, a eficácia da multa depende somente da própria eficácia da decisão que a determinou, respeitando eventual efeito suspensivo que de recurso interposto para combater esta decisão.

Scarpinella, defensor desse entendimento, assevera que:

Deixar a multa do art. 461 para ser cobrada apenas depois do trânsito em julgado e, pois, depois da fixação definitiva das responsabilidades de cada parte pelos fatos que ensejaram a investida jurisdicional, seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar a vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial e, conseqüentemente, à satisfação do exequente, que teve reconhecido em seu favor o direito à prestação de tutela jurisdicional.²⁴⁷

O autor ainda discorre sobre a possibilidade de se resguardar eventuais prejuízos decorrentes da revogação da decisão que cominar a astreinte:

Eventuais distorções práticas que possam decorrer do rigor desta interpretação devem ser amenizadas pela aplicação do princípio agasalhado no art. 475-O, I, de que aquele que “executa provisoriamente” ou, mais amplamente, aquele que se beneficia dos efeitos práticos e concretos dos

²⁴⁵ BUENO, op. cit., p. 404.

²⁴⁶ MARINONI, op. cit., p. 109.

²⁴⁷ BUENO, op. cit., p. 405.

efeitos antecipados da tutela jurisdicional, responde objetivamente pelos danos que eventualmente causar.²⁴⁸

Dessa forma, segundo o raciocínio do referido autor, há a possibilidade do executado da astreinte revogada repetir a multa eventualmente cobrada, sem prejuízo de outros pleitos relacionados à indenizações por danos materiais, morais e até mesmo por litigância de má-fé.

Esse também é o entendimento de Talamini, para quem “cabe reconhecer que, diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, o crédito da multa é desde logo exequível.”²⁴⁹ O autor ainda adverte que a execução será, entretanto, provisória, no mesmo sentido que Scarpinella aponta.

No caso de ações processadas sob a égide de leis especiais tais como a Lei da Ação Civil Pública e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por expressa previsão dos artigos 12, §2º e 213, §3º, respectivamente, a exigibilidade da multa somente será possível após o trânsito em julgado.

Há uma corrente que também adota a solução expressa nas referidas legislações específicas, para processos que tenham como base a fixação da multa por meio da inteligência do CPC, do CDC ou da Lei 9098/95. Dentre os defensores dessa tese está Dinamarco, que sustenta que, por exemplo, ao se fixar a multa cominatória em sede de antecipação dos efeitos da tutela, não seria legítima a sua exigência imediata, já que existem recursos cabíveis contra sua fixação, o que possibilita a reviravolta na situação de sucumbência. Por isso que “o valor das multas periódicas acumuladas ao longo do tempo só é exigível a partir do trânsito em julgado do preceito mandamental”.²⁵⁰

Nesse mesmo sentido, Amaral também defende a executividade definitiva da astreinte somente após o trânsito em julgado.²⁵¹

Marinoni adverte que o fato de a multa não poder ser cobrada antes do trânsito em julgado não tira dela o caráter coercitivo, visto que o réu só tem certeza de que não será coagido se conseguir uma sentença de improcedência.²⁵²

Em que pese os argumentos lançados em contrário, parece que o melhor entendimento para o momento de exigibilidade definitiva da astreinte é realmente após o

²⁴⁸ *Ibidem*. p. 407.

²⁴⁹ TALAMINI, op. cit., p. 254.

²⁵⁰ DINAMARCO, 2002, op. cit., p. 240.

²⁵¹ AMARAL, op. cit., p. 72 e 201.

²⁵² MARINONI, op. cit., p. 109/110.

trânsito em julgado da sentença que põe fim ao processo, conforme apreciação exauriente da tutela jurisdicional requerida, o que abrange a legitimidade da decisão que veicular a multa periódica.

Essa conclusão parte do pressuposto de que a astreinte é uma medida coercitiva e, quando, acidentalmente, a obrigação amparada por ela não for cumprida, a verba representada pelo acúmulo da multa passa a ter natureza ressarcitória, fato que retira qualquer caráter de urgência que demande a execução imediata da multa. De outra banda, não se pode ignorar que somente uma cognição exauriente é que tem potencial de possibilitar um maior grau de acerto da decisão judicial, já que antes do trânsito em julgado pode haver modificação e até revogação da decisão que amparava a multa.

A discussão acerca da exigibilidade da multa está umbilicada também à forma de execução da multa, principalmente se ela pode ser provisória ou somente definitiva.

Inicialmente, cumpre registrar que o montante acumulado da astreinte é considerado uma obrigação de pagar quantia certa, advindo da condenação estabelecida para o caso de cumprimento de um provimento mandamental.²⁵³

Ademais, como se trata de um título formado no âmbito da atividade jurisdicional, está-se diante então de um título judicial, adotando-se o entendimento doutrinário majoritário de que a tutela antecipada e o despacho inicial da ação de execução que estabelecem a astreinte também são títulos judiciais.²⁵⁴

Pois bem, em se tratando de título judicial, o rito a ser observado será o de cumprimento e execução de sentença, disciplinado no artigo 475-I e seguintes, do CPC.

Entretanto, ainda resta saber se a execução será somente definitiva ou se cabe também a execução provisória. Nessa seara, inúmeras soluções são apontadas, merecendo destaque quatro principais correntes.

Há uma corrente que sustenta que a astreinte poderá ser cobrada mediante execução provisória, enquanto não houver trânsito em julgado da decisão (inclusive liminar) que a cominou, desde que não haja pendência de recurso com efeito suspensivo contra essa decisão. Nesse sentido, Talamini e Scarpinella²⁵⁵

Inclusive, para defender a sua posição, Talamini cita que:

²⁵³ TALAMINI, op. cit., p. 256.

²⁵⁴ AMARAL, op. cit., p. 246-247.

²⁵⁵ BUENO, op. cit., p. 407; TALAMINI, op. cit., p. 254.

Diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, o crédito da multa é desde logo exigível. Contudo, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente “provisória”.²⁵⁶

Para essa parte da doutrina, portanto, a astreinte cominada em antecipação de tutela, seja ela deferida em momento liminar ou mesmo na sentença, poderá ser executada provisoriamente se houver recurso não dotado de efeito suspensivo; caso o recurso for dotado de efeito suspensivo, não poderá ser executada.

Um pouco distinto desse entendimento é o defendido, dentre outros, por Amaral, segundo o qual “será admissível a execução provisória quando estiver operante o efeito declaratório da sentença de procedência”.²⁵⁷

Referido efeito declaratório, explica o autor, como não é passível de ser concebido em momento anterior à prolatação da sentença, inviabiliza a execução provisória antes desta.²⁵⁸ Assim, conforme esse entendimento, a execução provisória poderá ser operada quando a sentença confirmar a decisão que antecipou os efeitos da tutela, ou quando a sentença antecipar a tutela, desde que haja recurso sem efeito suspensivo.

Entendimento mais restritivo vai no sentido de que a multa só poderá ser cobrada em execução definitiva, após o trânsito em julgado da sentença. Defensor dessa tese, Marinoni aduz que “a função coercitiva da multa não tem relação com o momento da cobrança de seu valor, mas sim com a possibilidade desta cobrança”, e também pelo fato de que o trânsito em julgado evita que o réu vencedor de uma lide seja injustiçado.²⁵⁹

Por esse entendimento, mesmo que a astreinte seja imposta em momento liminar, somente com o trânsito em julgado da sentença é que ela passa a poder ser executada.

Em posição totalmente contrária à de Marinoni, sustenta Spadoni que o montante acumulado da multa poderá ser executado desde o momento em que o preceito judicial for descumprido, de forma definitiva, sendo irrelevante o trânsito em julgado de sentença procedente.²⁶⁰

O entendimento de referido autor está ligado à interpretação que a multa é devida mesmo quando o autor tiver seu pedido declarado improcedente, por entendimento de que a multa sirva para proteger a dignidade da justiça.

²⁵⁶ TALAMINI, op. cit., p. 254.

²⁵⁷ AMARAL, op. cit., p. 263/264.

²⁵⁸ Ibidem. p. 263.

²⁵⁹ MARINONI, op. cit., p. 109.

²⁶⁰ SPADONI apud AMARAL, op. cit., p. 260.

Com exceção da última posição, todos os outros entendimentos encontram guarida no âmbito do STJ. Desse modo, há julgados que defendem a impossibilidade de execução provisória, mas tão somente a execução definitiva com o trânsito em julgado da sentença²⁶¹; assim como há também julgados que concebem a possibilidade de execução provisória do crédito antes mesmo da sentença²⁶²; e o entendimento de que a exigibilidade precária deve aguardar pelo menos a sentença que confirmar ou estipular a antecipação dos efeitos da tutela.²⁶³

A posição adotada por Amaral parece ser a mais ponderada, visto que propõe o aguardo da cognição exauriente do juiz de primeiro grau, que será definida por meio da sentença e, ao mesmo tempo, concebe a possibilidade de execução provisória dessa sentença, que confirmar ou constituir a antecipação dos efeitos da tutela. Essa posição entende que a exigibilidade definitiva somente é alcançada com o trânsito em julgado da sentença, mas também concebe a possibilidade de execução provisória enquanto se aguarda o julgamento de recurso interposto contra a sentença.

A posição de Marinoni, que descarta a execução provisória, pode dar ensejo a um prejuízo grande à efetividade do processo em si, já que a cobrança do crédito proveniente da astreinte também é um fator de coerção ao devedor. Já a exigência da sentença como condição para a execução provisória pode evitar o cometimento de injustiça contra o réu que conseguir provar a improcedência do pedido, visto que nesse momento a cognição é mais aprofundada. Desse modo, conclui-se por uma solução que tenta equilibrar a balança, assegurando maior certeza do provimento, além da efetividade da tutela.

Ademais, não se pode olvidar que eventual revogação da decisão que amparava a astreinte não deixa o réu prejudicado, visto que o artigo 475-O determina que o autor será responsabilizado a devolver qualquer valor apurado, além da apuração de eventuais prejuízos.

²⁶¹ AgRg no AREsp 50.196/SP, Primeira Turma do STJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21/08/2012; AgRg no REsp 1.173.655/RS, Terceira Turma do STJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. 12.04.2012; REsp 159643/SP, Terceira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 23/11/2005.

²⁶² AgRg no AREsp 144.562/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.05.2012; AgRg na MC 18.633/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.02.2012; AgRg no REsp 1.094.296/RS, Quarta Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.03.2011; REsp 1.098.028/SP, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010; REsp 885.737/SE, Primeira Turma do STJ, rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 27/02/2007.

²⁶³ REsp 1.347.726-RS, Quarta Turma do STJ, rel. Min. Marco Buzzi, j. 27/11/2012; REsp n.º 1.006.473/PR, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, j. 08/05/2012

O Projeto do NCPC, se não houver modificações posteriores, adotará o entendimento que a multa poderá ser exigida somente com o trânsito em julgado da sentença de procedência, via de regra. Mas de toda forma, o próprio texto do projeto prevê que “Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão que fixar a multa, quando for o caso”.²⁶⁴

Assim, nota-se que o novo CPC não irá pôr fim à discussão acerca da execução do montante acumulado da astreinte.

3.15. Beneficiário da multa

Existe certa discussão doutrinária também no que toca ao beneficiário da astreinte. Como a lei não disciplina a quem deve ser destinada a verba acumulada pelo descumprimento de preceito mandamental, alguns defendem que este montante deve ser convertido ao Estado, ao passo que outros defendem a legitimidade apenas do autor para cobrar e receber essa verba.

Aqueles que defendem que o Estado deve ser o beneficiário da multa geralmente afirmam que a astreinte é uma medida que visa: a proteção da autoridade e dignidade da justiça²⁶⁵; ou a eficácia prática da condenação²⁶⁶; ou mesmo para evitar o enriquecimento ilícito do autor²⁶⁷.

Pois bem, essa posição não merece prosperar.

O beneficiário do valor do montante eventualmente acumulado da astreinte, caso não cumprida o mandamento dado pelo juiz, é o exequente, a parte²⁶⁸. Não há sequer legitimidade de qualquer órgão do Estado para pleitear o recebimento desses valores.

Como já exposto, a natureza da astreinte é coercitiva, e não sancionatória. Ademais, a multa não tem caráter moralizador, não se ocupa em proteger a dignidade da

²⁶⁴ Artigo 551, §3º, do Projeto de Lei. nº 8046/10, texto de 25/03/2014.

²⁶⁵ SPADONI apud AMARAL, op. cit., p. 236.

²⁶⁶ BARBOSA MOREIRA apud GUERRA, op. cit., p. 207.

²⁶⁷ MARANHÃO, Clayton apud AMARAL, op. cit., p. 238.

²⁶⁸ BUENO, op. cit., p. 404.

Justiça, ao contrário do que ocorre com as multas do artigo 14, do CPC. Assim, cabe apenas à parte interessada requerer a execução do valor atualizado da astreinte.

Admitir que a multa é um mecanismo de proteção à dignidade da Justiça leva à inevitável conclusão de que o juiz poderia determinar, *ex officio*, a execução do seu valor, independentemente, inclusive, se houver cassação da decisão que estipular a incidência da astreinte.²⁶⁹ Entretanto, não se tem notícia de que algum Tribunal tenha adotado esse entendimento. Ao contrário, o STJ já se pronunciou que o beneficiário da multa é o particular, lançando, inclusive, interessante argumento de que para se considerar o Estado como beneficiário, deveria haver expressa previsão legal nesse sentido, segundo o princípio da legalidade estrita. Nesse sentido, segue trecho de um julgado:

Discussão preambular ao mérito recursal voltada a definir a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado em razão da incidência de multa diária oriunda do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das astreintes.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto. A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico. **Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas astreintes, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, caput, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator. Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.**²⁷⁰ (destaque não original)

Apenas há que se observar que, como já apontado no tópico concernente às fontes da astreinte no direito brasileiro, na hipótese de cominação de multa diária segundo a sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, o beneficiário do montante acumulado é o Estado, conforme preconiza o artigo 213 daquela lei, segundo o qual haverá a destinação do

²⁶⁹ AMARAL, op. cit., p. 82.

²⁷⁰ REsp 949.509/RS, Quarta Turma do STJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/05/2012.

montante acumulado da multa para um fundo a ser gerido pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente dos Municípios. Ademais, a legitimidade ativa para executar o crédito proveniente da astreinte é do Ministério Público.

Por fim, o Projeto do novo CPC, na versão mais atual que tramita no Senado (25/03/2014), dispõe expressamente, em seu artigo 551, §2º, que o beneficiário da multa será o exequente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil, enquanto ciência, evoluiu bastante desde a discussão de Windscheid e Müther. Hodiernamente, apesar de ser clara a importância de se estudar a relação processual e todos os seus elementos e institutos, cada vez mais fica evidente que o direito processual não pode ser um óbice à observância das regras de direito material. De fato, o processo é uma ferramenta de Justiça, com regras permeadas por valores, princípios e garantias alçadas ao patamar constitucional.

Nesse contexto, a busca pelo aprimoramento dos mecanismos processuais e também da efetividade na prestação jurisdicional fez com que novos expedientes fossem pensados e introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro.

O exemplo tratado nesse trabalho é justamente a criação das medidas de apoio à execução de obrigações específicas, operadas mediante a promulgação das Leis nº 8.952/94 e 10.444/02, que foram inspiradas em outras legislações específicas, como a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o CDC e a Lei dos Juizados Especiais.

Pois bem, referidas leis, apesar de trazerem importantes inovações à disciplina do cumprimento de obrigações específicas, não abrangeram aspectos práticos relevantes, mormente no que toca à aplicação da astreinte.

Desse modo, somente por meio de uma investigação sobre a natureza e características da multa é que foi possível se encontrar a resposta para muitos problemas que a aplicação do instituto tem revelado.

Com efeito, verificou-se que a astreinte é uma medida processual, pois somente pode ser criada, na atual disposição legal brasileira, no âmbito processual. Ela jamais poderá ser estipulada em momento anterior à fase processual, e está vinculada a um provimento de natureza mandamental. Nesse aspecto, a astreinte se diferencia de outras multas de caráter material, que podem ser livremente pactuadas fora do âmbito processual.

Além disso, não se pode olvidar que a astreinte tem caráter acessório. De fato, a multa periódica é fixada como medida de apoio à execução de uma obrigação específica e depende da eficácia do provimento mandamental para também surtir seus plenos efeitos.

Como a multa brasileira é inspirada na astreinte francesa, também é seguro afirmar que ela tem cunho estritamente coercitivo, sem nenhum caráter moralizador. Essa característica é extremamente importante, visto que muitas vezes à astreinte é conferido um caráter de *contempt of court* punitivo que não se enquadra no contexto do qual deriva a multa prevista no nosso ordenamento.

Também é válido enumerar o caráter patrimonial da astreinte, já que o valor acumulado da multa será disponível ao autor da demanda referente à obrigação específica (exceto no caso do fundo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente). Dessa assertiva já se exclui a titularidade do Estado sobre a quantia acumulada da multa, bem como a possibilidade de execução *ex officio* do montante pelo próprio juiz que a cominou.

Dessas considerações fica claro que a aplicação da astreinte deve obedecer à previsão normativa do instituto, em todas as suas fontes legais. Isso já descarta, e.g., discussões relacionadas às hipóteses de cominação/ cabimento da astreinte, já que a lei prevê a sua utilização como meio de execução indireta em obrigações específicas, o que exclui a sua fixação em obrigações de pagar quantia certa.

E quando nas normas não for possível encontrar-se uma solução para eventual problema de aplicação da multa, ter-se-á em mente sempre as características relacionadas à própria natureza da astreinte brasileira, como já apontado.

Nesse diapasão, da natureza coercitiva e acessória decorrem as conclusões de que a multa não pode ser exigida quando a decisão mandamental não mais tiver efeito, bem como que somente haverá exigibilidade do valor acumulado após a plena apreciação da matéria. Isso, no entanto, não impossibilita a execução provisória, que poderá ser promovida após a prolação de uma sentença, o que garante uma margem mais segura de cognição processual.

Interessante ponto abordado e que vale ser repisado nas considerações finais é o fato de que o valor da astreinte não tem limite. Isso, todavia, não significa que o seu valor não

pode ser modificado, pois não há coisa julgada material sobre a multa cominada. Ademais, tem ganhado força nos Tribunais a possibilidade de modificação do valor da astreinte, conforme o comportamento de ambas as partes do processo.

Nessa toada, merece destaque o inovador posicionamento que chega a conceber a extinção do crédito da astreinte com base no princípio da boa-fé. De fato, verificado que o credor não cumpriu com o dever de mitigar o seu prejuízo, referente à obrigação específica, mantendo-se inerte para que o montante da astreinte passe a lhe interessar mais do que a tutela jurídica requerida, fica evidente a desnaturação e ineficiência da multa.

Por derradeiro, anota-se que o Novo Código de Processo Civil pouco modificou a sistemática da astreinte atualmente vigente. Apenas foram inseridas algumas poucas disposições, tais como a possibilidade do juiz cominar multa coercitiva para terceiro, nos casos previstos pelos artigos 387, parágrafo único e 410, do projeto; e do efeito *ex nunc* das decisões que modificarem a periodicidade ou o valor da multa (artigo 551, §1º, da versão de 25/03/2014).

Como se vê, com exceção dos efeitos da modificação dos termos da astreinte cominada, o NCPC continuará silente em relação aos vários aspectos de aplicação da multa, conforme abordado no trabalho, já que a aplicação prevista em face de terceiros será destinada à hipóteses já enumeradas (ligadas à instrução do processo), e não à coerção para o cumprimento de obrigação específica.

Assim, a solução dos prováveis desafios relacionados ao instituto deverá observar a sua própria natureza, sob pena de aplicá-lo de forma incongruente e arbitrária. No mais, espera-se que a jurisprudência se atente a essas questões, pois a astreinte não pode ser desvirtuada, sob pena de se desprestigiar o que atualmente tem se demonstrado um eficiente mecanismo de coerção.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *O contempt of court no direito brasileiro*. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/.../Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/.../Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 12/11/2013.

ASSIS, Araken de et al (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção Judicial e o cumprimento da tutela específica*. Disponível em: <http://www.academia.edu/214098/A_INTERVENCAO_JUDICIAL_E_O_CUMPRIMENTO_DA_TUTELA_ESPECIFICA>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5.

_____. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA REDONDO, Bruno. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 35, v. 187, 301- 328, set. 2010.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, 1995

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

MACHADO BISNETO, Luiz. Repensando o instituto da multa pecuniária por descumprimento de ordem judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 38, v. 215, p. 00-00, jan. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2.ed., rev. São Paulo: RT, 2001

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 3.

_____: MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. *Revista Jurídica*, São Paulo, a. 53, n. 338, p. 18-42, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo, Saraiva, 1994.

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. P. 30-44.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 2.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Rizzatto. *As astreintes no direito do consumidor: limites e possibilidades de aplicação e liquidação*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI129329,61044-as+astreintes+no+Direito+do+Consumidor+limites+e+possibilidades+de>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

PUOLI, José Carlos Batista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 46.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 00-00, jan./mar. 2002.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil – aplicação da cláusula geral de boa-fé no Processo Civil*. 2002. 326 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.