

NATALIA VIDIGAL FERREIRA CAZERTA

**ASPECTOS POLÊMICOS DA APLICAÇÃO DA ASTREINTE
NO DIREITO BRASILEIRO**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – SP

2013

NATALIA VIDIGAL FERREIRA CAZERTA

**ASPECTOS POLÊMICOS DA APLICAÇÃO DA ASTREINTE
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, à comissão julgadora, sob a orientação da professora Renata Pinto.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – SP

2013

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho a Deus, pela graça da
salvação e amor incondicional.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, pelo amor, companheirismo, incentivo e compreensão de todos os dias e por fazer de mim uma pessoa melhor, cada dia mais feliz e realizada.

Aos meus pais por serem a base de quem sou, meu alicerce eterno, e por me apoiarem em todas as horas.

Aos meus irmãos por estarem sempre ao meu lado me ensinando a crescer, e pela maravilhosa família que formamos.

Aos amigos e companheiros de processo Lucas Rister e Rafael Oliveira, por todo auxílio na confecção do presente trabalho, sem os quais a conclusão do mesmo não seria possível.

Ao amigo Pedro Granjeiro da Cruz (in memorian), por toda a alegria trazida aos sábados pelas manhãs durante as aulas do curso, e pelos debates sempre muito produtivos.

A toda a minha equipe do escritório Zuleica Rister, pelo imprescindível respaldo operacional.

Às professoras Renata Pinto e Larissa Andrade, por suas experiências profissionais e ensinamentos compartilhados durante os anos de convivência, nas aulas e seminários.

*"A injustiça num lugar qualquer é uma
ameaça à justiça em todo o lugar."*

Martin Luther King

RESUMO

A astreinte, hoje conhecida em nosso país como medida coercitiva aplicada por tempo de atraso e descumprimento dos comandos judiciais, teve origem no direito francês, e objetiva garantir, via de regra, o cumprimento de obrigações específicas.

Positivada no ordenamento pátrio atual (Código de Processo Civil de 1973) no artigo 461, várias foram as reformas que contribuiram para a evolução da referida medida (mormente aquelas trazidas pelas leis 10.352/01; 10.358/01; 10.444/02, 11.232/05 e 11.382/06), conferindo-lhe cada vez mais efetividade e carga coercitiva, consolidando, assim, a possibilidade de seu deferimento liminar, transformando-a no principal mecanismo de busca/cumprimento da tutela específica (envolvendo as obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa certa). Assim, caso uma parte pretenda forçar a outra a realizar uma tutela específica poderá contar com a astreinte (além de outras medidas judiciais de apoio/coerção, também elencadas no rol, meramente exemplificativo, do art. 461, §5º), cuja finalidade, como dito, consiste na efetivação da tutela (de dar, fazer ou não fazer) ou de seu resultado prático equivalente.

Todavia, não obstante as aludidas reformas tenham contribuído em muito para a evolução da astreinte no cenário nacional, conferindo-lhe o seu atual patamar, que é de suma importância no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, tem-se que o ordenamento em vigor muito pouco positiva a seu respeito, sendo lacônico em diversos pontos a respeito de sua aplicação e executoriedade. Destarte, o presente trabalho busca trazer ao debate algumas questões polêmicas sobre a aplicação da astreinte, com fulcro de se atentar para as possíveis soluções existentes, visando a uniformização e bom emprego do instituto.

Palavras-chave: astreinte, multa diária, obrigação de fazer, obrigação de não fazer, coisa julgada, efeito *ex tunc*, efeito *ex nunc* e intimação pessoal.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1. CAPÍTULO I – Origem histórica e definição da astreinte	11
1.1. A astreinte e sua previsão legal no direito Brasileiro	15
2. CAPÍTULO II – A natureza jurídica, o objetivo e a função das astreinte.....	20
2.1. Das hipóteses de fixação da astreinte, sua execução e procedimento	23
2.2. Do momento adequado para execução da astreinte e da provisoriedade de sua execução	29
2.2.1. Da incidência da multa do art. 475-J na execução provisória	38
2.3. Da intimação do devedor para a fluência da astreinte	44
2.3.1 Do entendimento das Cortes Superiores	50
3. CAPÍTULO III - A astreinte e a conversão da obrigação em perdas e danos	56
3.1. Da multa vencida e a possibilidade de cumulação com as perdas e danos	59
4. CAPÍTULO IV - Do valor e da periodicidade da astreinte e da possibilidade de sua modificação	61
4.1. Dos efeitos da decisão que modifica o valor e a periodicidade da astreinte.....	68
5. CAPÍTULO V – Da destinação da astreinte	81
6. CAPÍTULO VI – Das possíveis alterações quanto ao tema previstas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.....	85
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

O tema proposto no presente trabalho é palco de inúmeras discussões e divergências, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais. A ausência de disposição legal específica sobre diversos aspectos da aplicação da astreinte faz com que a multa cominatória ora estudada seja tema de inúmeros debates e dissenso entre os juristas na atualidade.

Não obstante o referido instituto encontre-se positivado apenas por um artigo (art. 461 do CPC), sua importância para o processo civil brasileiro, mormente no que tange à coibição ao cumprimento de obrigações específicas, é de considerável valor, o que faz com que o presente trabalho se debruce sobre algumas das questões mais polêmicas que envolvem a aplicação da astreinte na prática. Para tanto, antes de esmiuçar o tema na tentativa de solucionar algumas das controvérsias mais discutidas hodiernamente, faz-se necessária uma breve análise da evolução histórica do instituto, bem como de sua definição e previsão legal no direito pátrio.

Nessa mesma linha, a fim de facilitar a compreensão e em busca de melhor aplicar a referida multa, foram analisados aspectos como a natureza jurídica da mesma, seu objetivo e função, sendo de rigor concluir que a astreinte tem natureza jurídica de técnica de tutela jurisdicional (que visa propiciar os meios de atuação e concreção do direito resguardado, ou seja, está ligada ao “poder de império” do juiz, “poder de fazer cumprir a norma”), seu objetivo, portanto, é o de levar o obrigado a cumprir a decisão judicial e sua função é primordialmente coercitiva.

Depois de sedimentadas as premissas básicas nas quais se norteia a medida coercitiva procurou-se pontuar as hipóteses de sua fixação, sua execução e seu procedimento. Nesta seara, em suma, a teor do que positiva o artigo 461, §§ 4º e 5º, a astreinte pode ser fixada por decisão judicial (inclusive liminarmente – art. 273 do CPC), de ofício, ou a requerimento da parte (sem prejuízo de poderem ser pactuadas contratualmente), sendo utilizadas sempre que for necessária a aplicação de algum meio de coerção para compelir alguém a cumprir determinada obrigação, sendo aplicável a todo tipo de procedimento (e não somente ao ordinário), cabendo o seu deferimento também em

ações cautelares, executivas, mandados de segurança, desde que nestas a astreinte se mostre a melhor maneira e a mais eficaz para que ocorra o cumprimento da obrigação.

As demais questões que envolvem a aplicação da astreinte tomam caminhos mais tortuosos e desovam no aparecimento de várias correntes a respeito de cada tema, os quais buscamos desenvolver ao longo do presente estudo. Quanto à questão da executoriedade da astreinte, a maior parte da doutrina aceita que, por se tratar de um título executivo judicial, deve seguir os termos dos artigos 475-I e 475-J do CPC, sendo que o principal ponto de divergência versa a respeito do momento em que a mesma se tornaria exequível (ou seja, líquida, certa e exigível). Longe de haver consenso sobre o tema, preponderam a respeito do assunto duas correntes principais, uma defendendo a execução da multa somente após o trânsito em julgado da obrigação principal (ou seja, ao final do processo), e outra sustentando a possibilidade de execução imediata da medida, para os quais, com fulcro de se evitar danos aos executados, tal procedimento deveria ser provisório seguindo-se as regras do art. 475-O do CPC.

Tratou-se neste estudo, também, a respeito da forma de intimação do obrigado e o termo *a quo* para a contagem do prazo para cumprimento da obrigação sob pena de multa, analisando-se a necessidade de intimação pessoal do mesmo, o que foi seguido de um estudo jurisprudencial sobre o assunto focado na mudança de posicionamento dos Tribunais, mormente do Superior Tribunal de Justiça. E, considerando a astreinte após a sua efetiva consolidação sopesou-se, ainda, a sua destinação e a possibilidade e cabimento da sua conversão em perdas e danos, bem como da cumulação de ambas as medidas.

Já no que tange ao valor e periodicidade da astreinte foram considerados diversos estudos que tratam a respeito da possibilidade de sua modificação, e de quais seriam os efeitos dessas decisões que a modificam. Por fim, todos os pontos abordados e posições firmadas ao longo das linhas que se seguem consideraram não só a evolução do instituto no direito nacional, como o atual cenário que envolve a edição de um novo Código de Processo Civil (que se encontra em vias de ser aprovado, na tentativa de criar um processo mais célere e efetivo, cujas ideias visaram sempre atentar para a solução mais coerente dos problemas práticos vivenciados no dia a dia forense), sopesando o entendimento de doutrina de nomeada.

CAPÍTULO I – Origem histórica e definição da astreinte

Com fulcro de explicar a origem e importância da astreinte para o direito brasileiro, oportuno se faz traçar um brevíssimo panorama histórico antes de adentrar nas nuances e peculiaridades que permeiam o tema e são palco de inúmeras discussões no dia a dia forense. De maneira geral, tem-se que a necessidade de criação de medidas coercitivas não é de hoje, e, de há muito, acompanha a evolução do homem em busca de um sistema jurídico eficaz.

Os instrumentos de coerção, assim como o ordenamento jurídico como um todo, passaram por um processo de evolução orientado, essencialmente, pela “humanização” de seus mecanismos e, principalmente, por meio da “responsabilização” do indivíduo pelo débito, cujo processo vem progredindo desde o Direito Romano¹ (um dos precursores das medidas coercitivas) até alcançar as formas de coerção hoje empregadas por nosso sistema jurídico. O Direito Romano, a princípio, destacava-se por prever, em suma, em um primeiro momento, a possibilidade da execução se dar sobre a pessoa do devedor (*manus iniectio*)² e só indiretamente sobre o seu patrimônio, a fim de resguardar o cumprimento coercitivo das sentenças, o que, *a posteriori*, com o desenvolvimento da sociedade da época, e, gradativamente, com o desenvolvimento de outras medidas coercitivas (dentre outras formas de coerção como, por exemplo, a *pignoris capio*, a *ductio iussu praetoris*, a *bonorum venditio* entre outras³), evoluiu para admitir-se primeiro a execução sobre o

¹“O processo evolutivo pelo qual passaram os instrumentos de realização forçada dos deveres jurídicos, desde o direito romano, deve ser interpretado sob duas perspectivas distintas. Por um lado, é incontestável a progressiva “humanização” de tais mecanismos. Por outro, é igualmente clara a tendência de identificação entre o objeto originário do “débito” e o instrumento da “responsabilidade”. A consideração isolada da primeira tendência poderia apontar no sentido da pura e simples rejeição e superação das medidas coercitivas (de “execução indireta”). No entanto, a segunda tendência não conduz a igual conclusão. Afinal, se a “obrigação” havia surgido como um vínculo pessoal corporal, e evoluiu para um liame patrimonial, a etapa seguinte haveria de ser, no campo dos deveres de fazer e de não fazer, seu estabelecimento como vínculo pessoal não ligado ao corpo, mas ao comportamento do devedor. Para tanto, os instrumentos destinados a fazer com que o sujeito adote a conduta prescrita seriam essenciais. Tal processo evolutivo, todavia, não foi linear nem imune a retrocessos”. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461; CDC, art. 84*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 43).

² Em suma, tal sanção coercitiva permitia ao credor apoderar-se da pessoa do devedor, mantendo-o preso pelo prazo de 60 dias, dentro do qual outra pessoa poderia pagar sua dívida. Vencido o prazo o inadimplente poderia ser morto ou vendido como escravo. (Idem, p. 43)

³ Vide: AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 29/30 e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 43/44

patrimônio do devedor e só indiretamente sobre a pessoa do mesmo (*actio iudicati*)⁴. Todavia, como elucida TALAMINI⁵:

“De qualquer modo, os mecanismos de pressão psicológica empregados, até o direito romano clássico, foram-no precipuamente para realizar prestações pecuniárias. Não se concebiam a condenação e execução específicas. Obrigações de entrega de coisa, de fazer e de não fazer, convertiam-se em pecúnia, através de procedimento intitulado *arbitrium litis aestimandi*.”

Nesse ínterim, surge, também, o instituto do *interdito*⁶, o qual, em síntese, tratava-se de um sistema criado à época (que posteriormente propagou-se por diversos países do mundo, com algumas distinções e ramificações), em que um pretor fixava uma sanção, normalmente uma multa, por desobediência da lei ou violação de determinada decisão. O *interdito*, embora não isoladamente era visto por parte da doutrina como a principal influência na criação/disseminação da astreinte⁷. Contudo, mesmo diante do *interdito*, com a abolição do instituto do *nexum*, no Direito Romano⁸, que previa a alienação do próprio devedor, criou-se a ideia (estigma) de que não seria possível coagir o indivíduo a cumprir uma obrigação certa/específica, de fazer ou não fazer, a qual, conseqüentemente, consoante acima exposto, era sempre convertida em pecúnia, pois o ato de forçar/constranger a pessoa a agir “obrigada” interferiria no âmbito de sua liberdade.

Tal pensamento disseminou-se por diversas sociedades, e foi na França que – visando reverter a ideia propagada e difundida durante a Revolução Francesa

⁴ SIDOU, J. M. Othou. *Processo Civil Comparado – Histórico e Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1997, p. 52/54.

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 45

⁶ Vide: AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 30/31 e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 46/47.

⁷ “não eram os próprios interditos romanos, mas desses tinham o espírito, a força, a eficácia e a presteza, estas graças a um procedimento que relembra o daqueles. Assemelhavam-se aos interditos pretorianos e, dada esta semelhança, tais como, ou como seus sucedâneos, teriam sido introduzidos na prática medieval, ou no direito canônico.” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, 4 Ed. São Paulo: Max Limonad Editor. 1958, Tomo I, p.108).

⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 30/31.

(principalmente após a edição do Código Napoleônico⁹, por conta do texto de seu artigo 1.142), de que a obrigação de fazer ou não fazer tratava-se de um comprometimento “juridicamente não obrigatório”, já que conversível ao equivalente em pecúnia¹⁰ –, surgiram as astreintes (no início do século XIX), inspiradas tanto no Direito Romano, quanto, mais especificamente, na *multactio* (sanção criada na Idade Média, que se traduzia na condenação ao pagamento de uma quantia gradual e progressiva – multa –, com objetivo claro de vencer a contumácia do devedor)¹¹.

A força coercitiva da referida medida, contudo, no princípio foi mitigada, por conta da sua não aceitação pela doutrina, que a considerava *contra legem*, sendo vista nesse contexto, com efeito, como uma medida indenizatória ou, menos ainda, como uma ameaça de indenização, “falsa astreinte”¹², que apenas se concretizava quando convertida a obrigação em perdas e danos. A consolidação da astreinte, todavia, para o direito processual, na prática, era imprescindível para que se fizesse possível garantir a efetividade das obrigações de fazer e não fazer¹³, e, portanto, deu-se então, gradativamente, contra a doutrina, com o arrimo dos Tribunais franceses que a solidificavam em sua jurisprudência consolidando, de uma vez por todas, o seu caráter coercitivo¹⁴. Nesse ínterim, a precitada sanção ganhou força e firmou-se por meio da edição das leis n 91-650, de 9 de julho de 1991 e 92-644, de 13 de julho de 1992, que vieram a positivá-la de maneira mais concreta e eficaz no Direito Francês.

⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 50.

¹⁰ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 Edição. Coimbra: Almeida. 2002, p. 376.

¹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 32.

¹² SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 Edição. Coimbra: Almeida. 2002, p. 376.

¹³ “Em face do princípio *Nemo potest precise cogi ad factum* impossibilitando a violência física sobre a pessoa do devedor, as `astreintes` surgiram como único meio de induzir o devedor de obrigações de não fazer ou de fazer infungíveis ao seu cumprimento. Está é, pois, a finalidade específica da ação cominatória: compelir o devedor ao adimplemento da obrigação, para evitar a multa cominada, por demais onerosa.” (ROCHA, Maria Isabel de Matos, Objeto específico da pretensão cominatória e os critérios para a fixação judicial do valor da multa pecuniária. Esmagis. Revista Semestral n. 5, julho de 1993, p. 58, APUD OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 141)

¹⁴ “Mas a jurisprudência francesa (enfrentando, de início, a própria resistência doutrinária), partindo do instituto do ressarcimento de danos, foi capaz de criar um mecanismo coercitivo pecuniário, a *astreinte*, (do latim *ad-stringere*). (...) De início, e ao menos formalmente, os Tribunais justificavam-na sob a ótica da indenização. Mas logo se estabeleceu o caráter coercitivo da astreinte. A afirmação dessa característica fez-se acompanhar do progressivo reconhecimento de que o juiz, além da *iurisdictio*, reveste-se do *imperium*, inerente ao poder estatal.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50).

Apesar de ter sua base principal no direito Francês, tendo, a partir de então, sido difundida por todo o mundo, cabe mencionar, por conta da origem histórica nacional, que a referida medida encontrava previsão no direito Português desde as ordenações Filipinas, reproduzidas praticamente de maneira integral pelas ordenações Manoelinas e Afonsinas. Assim sendo, em vista da vigência da legislação portuguesa em nosso país, mesmo após a sua independência, pode-se afirmar que as primeiras medidas coercitivas desta natureza no Brasil se deram através da legislação portuguesa¹⁵, embora, posteriormente, quando da sua real implementação por meio das leis federais que vieram a alterar o CPC de 1973, sua real influência tenha buscado raízes no direito Francês.

A ideia dessa sanção tem por objetivo geral conferir eficácia ao direito. Nos dizeres de TALAMINI, a 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*”¹⁶.” Nota-se que ao definir o instituto francês, o doutrinador supra se refere à coerção ao cumprimento de uma decisão judicial, e não ao descumprimento de uma obrigação específica (fazer, não fazer, dar ou entregar), sendo esse um dos pontos interessantes da astreinte francesa, que a diferencia, aliás, da prevista no art. 461, § 4º e 5º, do CPC, vez que, como se percebe, no direito francês a medida é usada de maneira mais abrangente, para direitos obrigacionais ou não, com ou sem cunho patrimonial, sejam eles decorrentes de convenção ou da lei¹⁷, podendo, inclusive, ser arbitrada pelo juiz do processo contra terceiros, ante o não cumprimento de qualquer ordem judicial¹⁸.

¹⁵Vide: OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 136; AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 44/45 e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 69/71.

¹⁶TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 50.

¹⁷TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 54.

¹⁸ A propósito, vale esclarecer, que a astreinte francesa não é exatamente a mesma astreinte importada para o direito brasileiro, divergindo daquela, na sua forma de aplicação em vários aspectos. Sobre o tema vide. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 34/36.

1.1 - A astreinte e sua previsão legal no direito Brasileiro

Esclarecida a origem da astreinte, e definido o seu conceito base, verifica-se que, no Brasil, desde as ordenações Filipinas, já havia previsão do preceito cominatório, o qual era aplicado às causas cíveis¹⁹. Verifica-se, então, que a astreinte brasileira (não obstante tenha se inspirado nelas) difere em muitos aspectos da astreinte francesa, pois seguiu o modelo das Ordenações do Reino, não tendo sofrido, segundo Liebman²⁰, a ruptura produzida na Europa (pelo direito Francês), nem a influência direta dos códigos napoleônicos, seguindo a linha dos interditos²¹.

Por tais razões, o CPC de 1939 já contemplava de certa forma o embrião do instituto (não só por meio da ação cominatória, no art. 302 e seguintes, mas, também, no artigo 23 daquele ordenamento, que tratava dos deveres dos serventuários de justiça)²². A ação cominatória, prevista de forma expressa no CPC de 1939, tinha como principal objetivo positivar um procedimento que fosse mais célere que o procedimento ordinário para respaldar as obrigações de fazer e não fazer. Previsto no art. 303 do referido *codex*, o procedimento cominatório, diferentemente do ordinário (que tem início com a citação do réu), iniciava-se com a prolação de uma decisão de caráter mandamental e a consequente expedição de um mandado (*inaudita altera parte*) cientificando o réu para prestar fato ou abster-se da prática de algum ato sob pena de multa, sendo que, em caso de inércia, os autos eram conclusos para sentença e, havendo contestação, a ação seguia pelo rito

¹⁹ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 136.

²⁰ In TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 101/102.

²¹ “Não é difícil extrair desses dispositivos os atributos essenciais da medida, intimamente vinculados aos remédios interditais (v. itens 2.1.2 e 2.1.3), e à tutela específica, e, portanto, avessos à estrutura meramente condenatória e voltada à conversão em perdas e danos. Assim: i) a tutela tinha inclusive caráter preventivo (“atos não começados, mas cominatórios”; “parte que se teme ou receia ser agravada”); ii) desenvolvia-se cognição sumária (“causa verossímil e razoada”); iii) o juiz emitia verdadeira ordem (“mandado”; “segurança”, por sob o “poderio do juiz”); iv) impunha-se comportamento específico (prover que “não lhe seja feito tal agravo”; mandar “tornar e restituir o primeiro estado”); v) assegura-se, em caso de transgressão, a própria restituição do *status quo ante*, e não a simples compensação por equivalente pecuniário; vi) a transgressão posterior à concessão da tutela era qualificada como afronta à autoridade judicial (“quebrantou a segurança”; “menosprezou seu mandado”; “menosprezou seu poderio”), e, por isso, contra o transgressor havia de se proceder, à parte a restituição. As regras em discurso, em virtude da dupla exemplificação nelas contida – temor de ofensa à “pessoa” ou às suas “coisas” -, serviam de supedâneo para duas tutelas distintas: o “interdito proibitório”, de caráter possessório, e outra, de caráter pessoal, destinada a impor a prestação de fatos positivos e negativos.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 103/104).

²² AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 47.

ordinário²³. “O procedimento cominatório destinava-se, portanto, à rápida formação do título executivo, obtido mediante a preclusão do prazo assinado ao réu para contestação.²⁴”

Com toda certeza, nos artigos supramencionados já se encontravam traços equiparáveis a uma sanção similar à astreinte, embora houvesse uma série de restrições à sua força coercitiva²⁵. Dentre outros, estes foram alguns dos motivos, somado ao entendimento consolidado em algumas correntes doutrinárias (que sustentavam a diferenciação entre a ação cominatória e o interdito proibitório, defendendo que apenas neste último seria cabível o mandado liminar, pois tal prerrogativa somente poderia se destinar à proteção do direito possessório – mal interpretando o instituto do interdito, advindo do direito romano –, conforme esclarece a doutrina²⁶), que levaram o Código de Processo Civil de 1973 a não prever de forma literal e expressa a ação cominatória²⁷, que havia perdido a sua força²⁸, não obstante a doutrina tenha entendido que a referida ação continuava a existir²⁹.

Apesar de não se poder dizer que tal posicionamento fosse um consenso, pode-se afirmar que encampava o entendimento majoritário dos juristas de nomeada, mesmo

²³ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 136/137

²⁴ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 138

²⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 48.

²⁶ Vide: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 107/109.

²⁷ Vide: OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 136 e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 116/118.

²⁸ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 136

²⁹ “O Código de Processo Civil de 1973 não dedicou um título específico à ação cominatória, todavia ela permanece inominadamente, sem figura autônoma e com características diversas do procedimento monitorio. No direito brasileiro atual, a pretensão cominatória, que é de direito material, é veiculável através do procedimento ordinário, e, obtida sentença favorável, encontra execução mediante rito estabelecido para a execução de obrigações de fazer ou não fazer” (ROCHA, Maria Isabel de Matos, *Objeto específico da pretensão cominatória e os critérios para a fixação judicial do valor da multa pecuniária*. Esmagis. Revista Semestral n. 5, julho de 1993, p. 47, APUD OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 141).

No mesmo sentido:

“Ação cominatória (...) A multa tem objetivo de coerção do devedor para que cumpra a obrigação devida. Está prevista no CPC, 287, 461 e CDC 84. O valor da pena pecuniária pode não vir desde logo indicado na inicial, podendo o juiz fixa-lo a seu critério.”(NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1022)

porque a aludida corrente, na verdade, fora fruto da inteligência esposada pelo Senador e Relator Geral do códex, Accioly Filho, quando expôs seus motivos para rejeição da emenda apresentada pelo Ministro Moacyr Amaral Santos, que visava incluir no ordenamento um capítulo específico para tratar da ação cominatória, fundamentado no fato de que o CPC de 1973, embora não trouxesse expressa a ação cominatória, previa de outras formas (mais eficazes) os seus efeitos, que seriam alcançáveis por vias diversas³⁰, cuja direção fora seguida pela jurisprudência da época³¹.

Os referidos fundamentos demonstraram-se corretos, pois foi somente a partir do CPC de 1973 que a aludida medida coercitiva de fato ganhou espaço no universo jurídico brasileiro, o qual, a princípio (pelo texto de seus artigos 287, 644 e 645), admitia a astreinte somente na execução de sentença³². Nesses termos, embora inegável o avanço da lei, a indigitada medida coercitiva era desprovida de força premente para coibir o réu do processo a cumprir a determinação judicial, haja vista sua impossibilidade de produzir efeitos imediatos, cuja necessidade foi sentida pela sociedade e conseqüentemente pelo ordenamento jurídico, o que acabou influenciando a edição da lei da ação civil pública (lei 7.347/85), e do código de defesa do consumidor (lei 8.078/90)³³. As mencionadas

³⁰ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 140/141

³¹ “Ação Cominatória. A inexistência de inclusão pelo código de processo civil de 1973 no rol das ações especiais não significa a impossibilidade de exercício de pretensão cominatória. A multa diária, com previsão legal, tem aplicação às pretensões cominatórias. Demonstrada a relação entre os vícios, defeitos ou imperfeição da obra com os serviços de execução, impõe-se a responsabilidade da construtora e, em consequência, do obrigado pela construção e pagamento. Código de processo civil de 1973” (Apelação Cível Nº 584018527, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Barison, Julgado em 10/04/1985).

³² “O art. 287 apenas possibilitava que na inicial se pleiteasse o estabelecimento de multa para o “descumprimento da sentença” (art. 287, parte final). Nesse caso, a multa era fixada na “sentença que julgou a lide” (CPC, art. 645) – e não em uma decisão liminar ou interlocutória. A multa haveria de ser pedida no começo do processo, portanto, para ser deferida e fixada em eventual sentença de procedência do pedido – e para passar a incidir apenas no momento da execução desse provimento. Isso fica bem claro, inclusive, pela remissão que o art. 287 faz aos arts. 644 e 645 – constantes do livro II, “Do Processo de Execução.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 116)

³³ “Seguiu-se à referida lei o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que em seu artigo 84 instituiu a sistemática para cumprimento de obrigações de fazer e não fazer que seria incorporada, anos depois, ao Código de Processo Civil. Ali foram inseridos fundamentos básicos para a tutela das obrigações de fazer e não fazer e para a aplicação das astreintes, 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 resultado prático equivalente, dentre as quais medidas de sub-rogação (técnica de tutela eminentemente executiva). Tal sistemática foi então incorporada ao Código de Processo Civil, através da lei 8.952/94, que basicamente reproduziu o dispositivo da legislação consumerista, permitindo assim ao juiz a fixação das astreintes até mesmo em antecipação da tutela, o que já representava significativo progresso em relação à redação original do art. 287.” (AMARAL,

legislações extravagantes influenciaram a edição da lei 8.952/94, a qual contribuiu significativamente para a evolução da astreinte no direito nacional, estando longe, contudo, de lhe conferir plena efetividade, pois estava condicionada a citação do obrigado em processo de execução autônomo, o que foi (aparentemente³⁴) solucionado por meio da lei 10.444/02, que extinguiu o processo de execução autônomo nas sentenças de obrigação de fazer e não fazer³⁵, introduzindo no ordenamento o chamado processo sincrético.

Aliás, várias foram as reformas que contribuíram para a evolução da astreinte, conferindo-lhe, cada vez mais, efetividade e carga coercitiva, primordialmente aquelas positivadas nas leis 10.352/01; 10.358/01; 10.444/02, 11.232/05 e 11.382/06, que consolidaram a possibilidade de seu deferimento liminar, transformando-as no principal mecanismo de busca/cumprimento da tutela específica (envolvendo as obrigações de fazer, não fazer e a de entrega de coisa certa)³⁶. Cumpre esclarecer, todavia, que o artigo 461³⁷ não se restringe às obrigações propriamente ditas, mas alberga, também, os deveres

Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 50).

³⁴ Isto porque, até os dias atuais, doutrina e jurisprudência divergem a respeito da necessidade de intimação pessoal do réu para cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, consoante explicitado no capítulo 3.

³⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 55

³⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 48/49.

³⁷ Redação atual do referido artigo: Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. ([Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 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. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 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. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 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. ([Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002](#))

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. ([Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002](#))

jurídicos que tenham um objeto específico, pois não há razão para se excluírem do regime de proteção mais adequado os deveres não obrigacionais³⁸.

Destarte, no direito brasileiro contemporâneo, caso o requerente pretenda forçar o requerido a realizar uma tutela específica, ele poderá contar com a astreinte (além de outras medidas judiciais de apoio/coerção, também elencadas no art. 461, §5º, que possui um rol meramente exemplificativo), cuja finalidade consiste na efetivação da tutela (de dar, fazer ou não fazer) ou de seu resultado prático equivalente. Difere, portanto, o objetivo da astreinte das perdas e danos, sendo que pelo atual ordenamento (art. 461, §2º do CPC) uma medida não prejudica a outra (o que será melhor elucidado no capítulo 4).

³⁸Nesse sentido a doutrina: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 149; WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Reforma do CPC* (org. S. F. Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40/41; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 75/76; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 127.

CAPÍTULO II – A natureza jurídica, o objetivo e a função da astreinte

Compreender a natureza jurídica da astreinte é de vital importância para a análise do instituto, bem como para que se entenda adequadamente sua finalidade, função, aplicação, exigibilidade e eficácia. Para tanto, de rigor uma brevíssima retomada no conceito de jurisdição (*jurisdictio* = “dizer o direito”), a qual possui basicamente dois objetivos: o da tutela jurisdicional *strictu sensu* (que se resume em determinar uma norma jurídica que resguarde o direito material) e o da técnica de tutela jurisdicional (que visa propiciar os meios de atuação e concreção do direito resguardado, ou seja, está ligado ao “poder de império” do juiz, “poder de fazer cumprir a norma”). A astreinte tem, portanto, natureza de técnica de tutela de jurisdição³⁹, consoante se verá melhor a seguir.

O direito processual surgiu com dever claro e inequívoco de tutelar o direito material de forma específica, ou seja, garantir de maneira certa e determinada o bem da vida nele albergado, haja vista ser o direito material razão de ser e agir do Poder Judiciário, pois nele se encontra resguardado todo o ideal de justiça. A tutela do direito específico sempre foi a tutela jurisdicional ideal, tendo sempre sido preferida e priorizada em relação ao ressarcimento pelo equivalente (perdas e danos)⁴⁰. O dano deveria gerar, em si, o dever de reparar (em específico) e não somente o dever de indenizar, de restituir o equivalente monetário, o que precisava ser viabilizado por meio do processo⁴¹. Por corolário, via-se

³⁹ “Conclui-se, portanto, que a decisão que fixa as astreintes, seja ela final ou interlocutória, constitui técnica de tutela, meio para o cumprimento efetivo da função jurisdicional *lato sensu* e, portanto, manifestação do poder de *imperium* do juiz. Tal definição contribuirá, posteriormente, para a determinação da exata relação entre a decisão judicial para cujo cumprimento se exerce a coerção patrimonial e a multa em estudo” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 70).

⁴⁰ “Preferência pelo resultado específico sempre é inerente à previsão do direito. São excepcionais e diretamente ligadas a valores constitucionais mais relevantes as hipóteses em que a assunção de um dever específico gera apenas direito a ressarcimento (ex: compromisso de contrair casamento, alguns deveres ligados à criação científica e artística). Como regra geral, é da essência da imposição de um dever correlato direito ao exato bem da vida que seria concretizado com o cumprimento adequado e oportuno. Não há o que exclua desses princípios os deveres de fazer e não fazer. Assim, no âmbito do direito material, as normas do art. 461 – inclusive a que explicitou a absoluta excepcionalidade da conversão em perdas e danos – não representam novidade.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 36).

⁴¹ “A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, uma obrigação de fazer. Em razão do dano, o lesado não passa a ter mero direito sobre o patrimônio do devedor, mas sim o poder de obrigar o infrator à reparação. A existência de um poder de obrigar à reparação implica na possibilidade de usar o processo para coagir o infrator à reparação, ou seja, na possibilidade do uso da multa, ao passo que, se isso não for possível, haverá apenas o direito à obtenção de soma em dinheiro, vale dizer, direito sobre o patrimônio do agressor. Como o dano confere ao lesado direito à reparação, e não apenas direito de obter dinheiro, a multa, prevista nos

que “*sob o prisma do direito material, sempre houve a absoluta preferência pelo resultado (e pelo cumprimento) específico. Faltavam – é verdade – instrumentos processuais que refletissem de modo mais claro tal desígnio do ordenamento substancial.*”⁴²”

Para garantir o resultado específico protegido pelo direito material⁴³, o ordenamento processual precisou estabelecer mecanismos executivos de coerção capazes de assegurar seu cumprimento, quando, então, após várias reformas legislativas, introduziu-se, para tanto, no ordenamento jurídico processual brasileiro, a astreinte, hoje positivada nos artigos 461-A e 461, § 4º e 5º, do atual Código de Processo Civil.

A função coercitiva desse instrumento processual é, sem sombra de dúvidas, essencial para que se resguarde com eficiência o direito, haja vista, como dito, ser o objetivo primordial do processo a garantia do direito material, assegurando a sua proteção e cumprimento. Para tanto, “*uma das ferramentas para a concepção de um “processo de resultado” é, sem dúvida, a multa que ora denominamos de astreinte. Trata-se de uma forma de coerção do réu, para o alcance da tutela específica, alvo, como visto, das maiores e mais relevantes preocupações do processualista contemporâneo.*”⁴⁴”

A previsão da multa foi, assim, um avanço para a garantia do resultado específico (antes buscado através de busca e apreensão e imissão na posse)⁴⁵, em virtude dos demais institutos nem sempre conseguirem atingir seus objetivos, muitas vezes por razões práticas⁴⁶. “*O exercício da técnica de tutela das astreintes permite, assim, a*

artigos 461 e 461-A, do CPC, deve ser utilizada para dar efetividade ao ressarcimento na forma específica. Trata-se de conclusão que decorre naturalmente do dever de o interprete olhar para o regramento processual à luz das necessidades do direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 395).

⁴² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 37/38.

⁴³ “Há de se ter em vista, no caso, que, não sendo atendida a pretensão material – seja de decorrente de direito real ou pessoal -, haverá de ser possível ao titular do direito subjetivo material ajuizar ação objetivando conseguir judicialmente aquilo que deveria ter ocorrido no plano extrajudicial – e o ordenamento jurídico deve criar, no plano do processo, instrumentos propícios para tanto. Ou, o que é dizer o mesmo, deve o ordenamento jurídico prever meios possíveis de consecução da restauração da violação de direito ocorrida.” (MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 248)

⁴⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 27

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 522/523.

⁴⁶ “Quando o devedor de uma obrigação de dar deixa de satisfazê-la, o estado não tem dificuldade para a efetivação da pretensão do exequente, que poderá ser obtida, por exemplo, com o cumprimento do mandado de busca e apreensão. Por sua vez, quando se trata de obrigação de fazer ou não fazer, ante a impossibilidade da utilização de força para constranger o devedor a cumprir a obrigação, a utilização da multa é o instrumento coercitivo adequado para a obtenção desse resultado.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa*

*materialização da tutela jurisdicional almejada pelo autor.*⁴⁷” A função da multa é coibir a parte a cumprir a tutela específica, agindo na sua esfera de vontade, por tornar mais vantajoso obedecer o preceito judicial do que, ao descumpri-lo, ter de arcar com o ônus da sanção pecuniária⁴⁸.

Embora, a princípio, tenha se defendido ora a natureza punitiva ora a natureza indenizatória da astreinte, logo se percebeu que, na verdade, consiste em uma multa coercitiva cujo objetivo principal é compelir a parte condenada a cumprir a obrigação de fazer, ou não fazer⁴⁹, que lhe foi imposta mediante decisão judicial. Seu caráter é portanto coercitivo⁵⁰ (não é punitivo, nem indenizatório), porque age na vontade do executado. Por tratar-se de instrumento que visa induzir o réu ao cumprimento do mandado, inclui-se entre uma das modalidades de execução indireta, sendo-lhe concedida certa carga de eficácia mandamental e caráter de preservação de autoridade da decisão judicial⁵¹.

Quanto à questão da preservação da efetividade do *decisum*, deve-se ressaltar ser esse apenas um dos objetivos da multa, no qual, contudo, não se resume, cuja função, conforme exposto, é predominantemente coercitiva⁵².

no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 141).

⁴⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 75

⁴⁸ “A multa aplicada tem caráter coercitivo e não viola a vontade do devedor; por sua vez, com a incidência da sanção pecuniária, ele poderá concluir que o cumprimento da obrigação tal qual estipulada lhe é mais vantajoso do que arcar com o pagamento da multa cominada. Consequentemente, o credor encontra a satisfação específica de seu direito, por ato do próprio executado, sem ter que optar pela conversão da obrigação em perdas e danos.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 141/142*). VIDE também TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461; CDC, art. 84*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 233.

⁴⁹ “Essas multas têm como finalidade única (e daí a sua natureza jurídica) intimar o réu a acatar a determinação judicial (a ordem), exercendo sobre ele alguma dose de pressão psicológica para que ele, o próprio réu, satisfaça o direito suficientemente reconhecido para o autor.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Vol. 4, p. 106)

⁵⁰ “A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatório, nem é punitivo. Isso significa que seu valor reverterá à parte adversária, mas não a título de perdas e danos. O seu valor pode, por isso mesmo, acumular-se às perdas e danos (art. 461, §2, do CPC). A multa tem caráter acessório: ela existe para convencer o devedor a cumprir a prestação.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JuspoVm, 2009, v.5, p. 443)

⁵¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461; CDC, art. 84*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 234/235.

⁵² “É preciso perceber que a multa processual tem por objetivo assegurar a efetividade das decisões do juiz e, portanto, que o seu fim não pode ser confundido com o da indenização ou com o da multa contratual. De qualquer forma, não há razão para não admitir que a própria multa contratual, em determinados casos, possa superar o valor da prestação, e desse modo se estabelecida com função coercitiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 395)

“O que, efetivamente, contribui para a compreensão do caráter predominantemente coercitivo da multa em estudo são os dispositivos que a vinculam ao descumprimento da decisão judicial pelo réu, combinados à forma de aplicação das astreintes pela jurisprudência, permitindo a progressão indefinida do *quantum* da multa, sem qualquer previsão legal expressa nesse sentido (ou, é bem verdade, no sentido contrário. (...) Assim, pode-se serenamente concluir que as astreintes constituem meio coativo, ou técnica de tutela coercitiva, que objetiva ameaçar o patrimônio do devedor, precionando-o para o cumprimento de determinada decisão judicial.⁵³”

Para assegurar o cumprimento de sua função e o alcance de seu objetivo, na fixação da astreinte, necessário verificar se a mesma, de fato, tem a capacidade de influenciar na esfera de vontade do devedor, ou seja, se o mesmo é susceptível de ser influenciado por aquela. *“Para que a multa processual possa constituir uma autêntica forma de pressão sobre a vontade do réu, é indispensável que sua fixação seja feita com base em critérios que lhe permitam atingir o seu fim, que é garantir a efetividade da tutela jurisdicional⁵⁴.”* A astreinte brasileira visa, pois, assegurar o cumprimento das tutelas definitivas específicas, bem como as tutelas de urgência, devendo ser fixada quando preenchidos os requisitos previstos em lei, de maneira que seja capaz de resguardar o direito ameaçado.

2.1 – Das hipóteses de fixação da astreinte, sua execução e procedimento

Com as alterações do atual CPC, a teor do que ficou positivado no artigo 461, §'s 4º e 5º, a astreinte passou a poder ser fixada em decisão judicial (inclusive liminarmente⁵⁵)

⁵³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 78

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 396

⁵⁵ VIDE: OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 142 e AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57

de ofício pelo magistrado ou a requerimento da parte (sem prejuízo de poderem ser pactuadas contratualmente), sendo utilizada sempre que for necessária a aplicação de algum meio de coerção para compelir alguém a cumprir determinada obrigação.

Em suma, no direito pátrio, conquanto o ordenamento tenha albergado, no futuro do presente o verbo “poder” (“o juiz poderá”), é certo que a aplicação da astreinte não se trata de uma faculdade, de uma análise discricionária do magistrado, devendo ser aplicada sempre que presentes os requisitos legais⁵⁶:

“O direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional incide sobre o juiz, obrigando-o a interpretar o regramento processual sobre a sua luz. Isso significa que o juiz não pode chegar a uma conclusão que não lhe permita usar a técnica processual indispensável à preservação do direito. Como o seu compromisso é com o direito material e com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a partir daí deve interpretar a legislação na busca da técnica processual adequada.⁵⁷”

Ademais, via de regra, no Brasil (diferentemente do que ocorre em outros países, como França, Alemanha e Portugal), a aludida sanção pode ser aposta para coagir ao cumprimento de obrigações de qualquer ordem⁵⁸, infungíveis e fungíveis⁵⁹, isto porque, “a

⁵⁶ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 146 e TALAMINI, Eduardo. Tutela *Relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. CPC, art. 461; CDC, art. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 235/236

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 451

⁵⁸ “As regras em exame, portanto, disciplinam a consecução do resultado de deveres derivados de direitos relativos (obrigacionais ou não) e absolutos (reais, da personalidade etc.), públicos e privados – com as evidências ressaltadas acerca da eventual existência das vias especiais de tutela (v. cap. 19). O sentido larguíssimo da “obrigações” alcança até mesmo os interesses difusos – para os quais, porém, há via específica, equiparável à do art. 461 (v. item 19.2.6). O art. 461 dá suporte a provimentos destinados à cessar ou impedir o início de condutas de afronta à qualquer direito da personalidade, ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de qualquer geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas (de locomoção, associação, crença, empresa, profissão), a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc. – todos considerados em seus vários desdobramentos. A proteção jurisdicional pode ser necessária tanto perante ações indevidas estatais quanto de particulares.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 128).

⁵⁹ “Também a nova redação do art. 287 do CPC, ao eliminar qualquer vestígio de dúvida diante da possibilidade do uso da multa para compelir a um fazer fungível, abriu as portas para a admissão do emprego da coerção indireta patrimonial (multa), em face das obrigações de entrega de coisa, como igualmente já aponta para uma luz no final do túnel, capaz de permitir o seu uso em relação às obrigações de pagamento de

*multa, inerente à ideia de tutela mandamental, deve agir no ânimo do obrigado, induzindo-o a acatar a ordem judicial e a cumprir a obrigação assumida, ou seja, fazer ou não fazer aquilo que se obrigou.*⁶⁰”

No que tange às obrigações fungíveis, surge sempre o questionamento se a astreinte seria aplicável para o caso de ressarcimento de obrigações pecuniárias, ou seja, a obrigação de pagar. Longe de haver consenso, existindo quem discorde peremptoriamente⁶¹, e mesmo ante a inexistência de previsão legal específica, parece estar correto o entendimento de Marinoni⁶², para quem não seria justo vedar ao credor o uso de meios de execução capazes de lhe garantir seu direito, quando necessários para tanto, ao argumento de que não haveria previsão legal nesse sentido. Mesmo porque, consoante salienta, a multa decorre do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e deve ser empregada sempre que for capaz de garantir e assegurar o direito material.

Já quanto às obrigações infungíveis, há quem sustente que, em alguns aspectos, a aplicação da astreinte comportaria exceções, mormente quando se tratarem de direitos personalíssimos, aos quais o próprio direito material garanta liberdade, como na contratação para a confecção de uma obra artística ou científica⁶³. Respeitadas as opiniões

soma em dinheiro.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 500)

⁶⁰ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 143

⁶¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121/127

⁶² “Ora, não tem cabimento garantir, àquele que pode agredir um direito, a impossibilidade do uso dos meios de execução não previstos na lei. Isto seria o mesmo que admitir que a lei pode se constituir em garantia do infrator contra a efetividade da tutela jurisdicional. Por isso, os operadores do direito podem utilizar o instrumento da multa para garantir o pagamento de soma em dinheiro, ainda que o seu uso somente esteja expressamente previsto para as hipóteses em que se pretende obrigar a fazer, não fazer e a entregar coisa. No entanto, a multa, porque decorrente do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, somente pode ser utilizada quando necessária para tornar realidade esse direito fundamental, e sempre poderá ser limitada em face de outro direito fundamental que possa com ele colidir. No caso em que o lesado postula o ressarcimento na forma específica, e o infrator afirma que não tem condições técnicas para realizar a reparação, o direito ao ressarcimento na forma específica depende da possibilidade do uso de multa. O emprego, como medida executiva, é absolutamente necessário, para se dar resposta ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Assim, pouco importa alegar que a multa não está prevista para essa hipótese. A omissão do legislador não pode obstaculizar a realização do direito fundamental, pois o juiz, mediante via interpretativa, tem o dever de realizar o seu conteúdo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 452)

⁶³ “Mais complexo é o regime aplicável à obrigação de criação artística ou científica futura. Vigoram as garantias constitucionais de liberdade de expressão intelectual, artística e científica (CF, art.5, IX) e de exercício de trabalho, ofício ou profissão (CF, art.5, XIII). São desdobramentos dessas garantias as regras como as dos incisos III e VI do art. 24 da Lei 9.610/98, que atribuem ao autor de obra científica ou artística o “direito moral” de “conservar a obra inédita” e de “retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação ou imagem” – ressalvando-se, neste caso, as “prévias indenizações a terceiros” (Lei 9.610, art 24, § 3º). A

contrárias, salvo quando o direito material, *per si*, exija e confira proteção ao livre consentimento (como é o caso, v.g., do casamento, cujo descumprimento pode gerar, então, apenas o direito às perdas e danos), tem-se como mais coerente, em vista de princípios como o da *pacta sunt servanda*, em proteção à função social do contrato e à segurança jurídica e das relações econômicas como um todo, ser aplicável a técnica da astreinte em tais casos⁶⁴ (salvo se a obrigação fatidicamente não puder ser executada⁶⁵, não por mera liberalidade do artista), sendo que, até mesmo defensores da não utilização da medida coercitiva e a conversão do direito em perdas e danos, entendem que, para tanto, é preciso haver justo motivo⁶⁶.

consideração sistemática de tais obras constitucionais e infraconstitucionais permitirá concluir que, em certos casos concretos, a obrigação de produzir obra científica ou artística é transmutável em dever de indenizar. Afinal, se é dado ao criador de obra científica ou artística retirá-la de circulação depois de já divulgada, desde que amparado em razões de proteção à sua personalidade, igualmente lhe há de ser reconhecida a faculdade de nem mesmo divulgar ou prosseguir na obra que ainda estava a fazer, quando presentes aqueles mesmos fundamentos – e desde que indenize os danos gerados. Acrescente-se que a perspectiva subjetiva do criador da obra é, nesse ponto, dado de grande relevância: a sua avaliação de que a obra produzida não está ficando satisfatória pode vir a ser, em vista das circunstâncias concretas, razão atendível para pretender mantê-la inédita.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 132).

⁶⁴ “Quando o devedor deixa de cumprir a obrigação de fazer infungível ele desde já sabe que deverá arcar com as perdas e danos causados ao credor. Entretanto, o diploma processual, considerando a função social do contrato e sua força obrigatória entre as partes (*pacta sunt servanda*), permite a utilização de meios de coerção indiretos (astreinte) para compelir o devedor a cumprir obrigação de fazer infungível previamente estabelecida. Ressalte-se que a utilização das astreintes como meio de coerção indireta tem por objetivo evitar que o devedor de obrigação de fazer infungível, desmerecendo a realidade social em prol de seu interesse particular, representado pela recusa de prestar o que era possível e pactuado, possa optar e escolher unilateralmente prestar ou não a tarefa personalíssima. Portanto, em respeito à função social do contrato e de sua força entre as partes, não há qualquer restrição à utilização das astreintes com o objetivo de compelir o devedor a cumprir a obrigação de fazer infungível assumida. Ademais, a multa assume especial relevância na tutela de obrigações infungíveis, na medida em que se presta a atuar na vontade do devedor levando-o ao cumprimento da obrigação, como forma de se furtar do pagamento da multa.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 145).

⁶⁵ “Não obstante a busca pela tutela específica, a execução prosseguirá em relação às perdas e danos: 1) quando a execução específica não puder ser obtida em decorrência de sua impossibilidade material; 2) quando o autor optar pela conversão da obrigação em perdas e danos, ainda que exista a possibilidade material para a execução da obrigação inicial. (...) A impossibilidade para a obtenção da tutela específica deve ser material, ou seja, faticamente o provimento jurisdicional não pode mais ser obtido, porque o devedor não pode se esquivar do cumprimento da obrigação específica. (...) A conversão da obrigação em perdas e danos não caracteriza uma exceção ao princípio da adstrição porque esta medida pode ser entendida como um pedido alternativo por força de lei quando houver a impossibilidade material de obtenção da tutela específica (ex.: o réu tem obrigação de pintar um quadro, mas sofre um acidente que lhe priva os movimentos etc)” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 148/149)

⁶⁶ “Mas não se trata, obviamente, de mera opção daquele que estava obrigado a produzir obra científica ou artística. Haverão de estar presentes fundados motivos de proteção à sua personalidade. Assim, caso se constate que sua recusa na realização ou entrega da obra deve-se à circunstância de pretender celebrar contrato mais vantajoso com outrem, estará evidenciada a falta de fundado motivos ligados à proteção da personalidade – não se justificando, sob o prisma do direito material, que não se lhe exija o cumprimento específico. Em tais casos, será aplicável, o sistema de tutelas do art. 461.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela*

No mais, conforme esclarece Amaral Rizzo, deve-se pontuar que a astreinte é aplicável a todo tipo de procedimento, e não somente ao ordinário, cabendo o seu deferimento também em ações cautelares, executivas, mandados de segurança, desde que nestas a astreinte se mostre a melhor maneira para que ocorra o cumprimento da obrigação⁶⁷. E, finalmente, quanto à sua aplicação, tem-se que a astreinte pode ser aplicada por meio de decisões liminares⁶⁸, de cunho antecipatório, com fito de satisfazer o direito do exequente⁶⁹, sempre que presentes, é claro, os requisitos da tutela antecipada (art. 273 e 461 do CPC).

Quanto à questão da exequibilidade da astreinte, embora aparente simples solução, a ausência de legislação específica disposição específica a seu respeito, que se resume, no CPC de 1973, ao positivado no indigitado artigo 461 e seus parágrafos e incisos e no artigo 461-A⁷⁰, resulta em uma série de dúvidas e controvérsias, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, tornando-a, de fato, instituto de tortuosa execução.

Uma das principais questões que envolvem a execução da astreinte (a qual, por se tratar de um título executivo judicial, segue os termos dos artigos 475-I e 475-J do CPC⁷¹) versa a respeito de sua exigibilidade, ou seja, a partir de qual momento a mesma se tornaria exequível (ou seja, líquida, certa e exigível). Antes, contudo, de adentrar-se no tema

relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 132)

⁶⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras.* 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 446.

⁶⁸ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual.* Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 142.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 506/511.

⁷⁰ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [\(Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\)](#)

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. [\(Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\)](#)

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. [\(Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\)](#)

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. [\(Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\)](#)

⁷¹ “A eliminação da crise de adimplemento das obrigações ocorrerá num único processo, em fase posterior à cognitiva. Reconhecido o dever jurídico (dar, fazer, não fazer, pagar quantia), poderá o sujeito ativo pleitear o cumprimento dessa sentença, na forma dos artigos 461, 461-A e 475-J (art. 475-I)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. In Revista do Advogado – Novas Reformas do Código de Processo Civil. nº 85. Maio de 2006. p. 63-77). VIDE também BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, 2011, p. 108/109.

propriamente dito (que será melhor elucidado no item 3.2), de rigor esclarecer que, apesar de haver quem se posicione de forma contrária no que tange à aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC⁷² (que incide em caso de não cumprimento voluntário da obrigação em pecúnia executada), a maior parte da doutrina não aponta nenhum óbice para que a astreinte siga o procedimento dos artigos supraexpostos (do tradicional cumprimento de sentença).

Para aqueles que defendem a adoção do procedimento de execução previsto nos artigos 475-I e 475-J do CPC para os casos de execução de astreinte, inclusive com a cumulação da multa prevista no artigo 475-J com a multa do art. 461⁷³, impera o fundamento de que tais títulos executivos, por se tratarem indubitavelmente de títulos judiciais (e por não possuírem um procedimento de execução próprio ou diferenciado), devem ser cobrados nos moldes daqueles dispositivos⁷⁴, ressaltando-se que não há *bis in idem* nesses casos por uma simples razão: as referidas sanções derivam de fatos geradores diversos⁷⁵. Isto porque, enquanto a astreinte tem origem no descumprimento da obrigação

⁷²“Em quaisquer outros casos, tais como o de execução para entrega de coisa ou obrigação de fazer, não é possível a aplicação da multa (*leia-se aqui multa do art. 475-J*), uma vez que o próprio Código já fez previsão, em outros dispositivos, das providências de coerção para o cumprimento da obrigação, seja por imposição de multa a critério do juiz, seja por meio de outras condutas (art. 461, 461-A etc. do CPC).” (FRIGINI, Ronaldo. Considerações sobre o art. 475-J do CPC. BRUSCHI, Gilberto Gomes. SHIMURA, Sérgio. (coords). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, V. 2, p. 512)

⁷³“A inovação, embora tenha incrementado as espécies de medidas executivas que podem ser usadas para se obter o cumprimento da obrigação, não tem, em princípio, sua incidência sujeita à decisão do juiz. A norma do art. 475-J do CPC impõe, de modo taxativo, a incidência da multa no caso de descumprimento da condenação, não podendo o juiz optar entre esta ou outra medida coercitiva. Incide, no caso, o princípio da tipicidade das medidas executivas, segundo o qual é a norma jurídica, e não o juiz, que estabelece quais as medidas executivas que devem incidir no caso, bem como o modo de atuação de tais medidas.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, Volume 2, p. 144)

E ainda, “Esta é, com efeito, a interpretação que me parece mais correta e consentânea com a finalidade da Lei n. 11.232/2005. É o próprio *caput* do art. 475-J quem prevê duas hipóteses distintas para o *cumprimento* ‘voluntário’ da obrigação, únicas formas de o devedor evitar o início da prática dos atos executivos. Assim, seja porque o devedor foi ‘condenado ao pagamento de quantia certa’ ou porque ele foi condenado ao pagamento de quantia ‘já fixada em liquidação’, terá que acatar o julgado. (BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 80).

⁷⁴“O art. 475-J, *caput*, onde se disciplina o modo de instaurar a fase de cumprimento de sentença referente a obrigações pecuniárias, diz simplesmente que o devedor, sendo intimado e não pagando nos quinze dias subsequentes à intimação, será apenado com multa de dez por cento sobre o valor da obrigação.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume 4. 3º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, ano 2009, p. 461). VIDE: AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 61/62.

⁷⁵ “Essas multas, usualmente chamadas, a partir do direito francês, de astreinte – têm natureza cominatória, verdadeiramente coercitiva. Por isso mesmo elas podem ser cumuladas com quaisquer outras multas que tenham outras finalidades (...)” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. *Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 4. 2011. p. 107).

principal no prazo determinado pelo magistrado, e natureza preponderantemente coercitiva, a multa do art. 475-J origina-se do não cumprimento voluntário da obrigação de pagar a astreinte no prazo de 15 dias (contados a partir da intimação do devedor para tanto), e tem natureza prevalentemente punitiva.

Ademais, a execução da astreinte pode ocorrer ou nos autos do processo principal⁷⁶ (o que, geralmente ocorre quando se aguarda o deslinde final do feito), ou em autos apartados, com a formação dos autos suplementares, a fim de não atrapalhar o curso regular do processo⁷⁷, não que haja algum impedimento formal (fora o tumulto) quanto à sua execução se dar nos autos principais ainda em andamento, havendo doutrinadores de renome que defendam, incisivamente, a execução da medida nos próprios autos⁷⁸, por ser esse um dos principais objetivos das reformas, criar um processo sincrético para conferir celeridade ao procedimento⁷⁹.

2.2 – Do momento adequado para a execução da astreinte e da provisoriedade de sua execução

Para que se possa chegar a uma conclusão acurada acerca da questão atinente ao momento adequado para a execução da astreinte, imperioso ter-se em mente a função e o

⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 255/256.

⁷⁷ “A dificuldade ou o tumulto processual que seria causado com a exigibilidade da multa, considerando que o processo de conhecimento deve prosseguir, podem ser facilmente afastados com a formação de autos suplementares para tal finalidade.” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Cumprimento de decisão judicial que fixou a multa. BRUSCHI, Gilberto Gomes. SHIMURA, Sérgio. (coords). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, V. 1, p. 333).

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 490.

⁷⁹ “Assim, sentenças relativas a obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa prescindem de processo autônomo de execução, passando a se buscar o seu cumprimento (através de medidas de coerção) ou mesmo execução (medidas de sub-rogação) na forma dos artigos 461 e 461-A. Logo, transitada em julgado, ou sujeita ela a recurso desprovido de efeito suspensivo, será intimado o réu para cumpri-la, podendo o juiz fixar multa periódica (astreinte) para o caso de descumprimento (art. 461, §4) ou tomar as medidas necessárias para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (art. 461, §5), tais como busca e apreensão ou requisição de força policial (sendo o rol do §5 meramente exemplificativo). Em suma: a decisão judicial passa a atuar no mesmo processo em que é proferida, sem necessidade de se recorrer a um novo e autônomo processo de execução. Para o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que juntamente com Athos Gusmão Carneiro coordenou a comissão reformadora do CPC, “dá-se aí um processo sincrético, no qual se confunde cognição e execução.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 58/59).

objetivo da mesma. Desta feita, consoante elucida Marinoni⁸⁰, o legislador ao pensar o art. 461-A do CPC tinha em vista a efetividade do processo, e por isso conferiu-lhe uma carga de executividade intrínseca⁸¹. Todavia, embora não se negue a função coercitiva da multa, e até mesmo sua excoutoriedade, a doutrina diverge quanto ao momento propício à sua execução, ou seja, a partir de quando tal comando seria exequível.

Várias são as correntes, existindo quem defenda que a astreinte só seria exequível ao final do processo principal, após confirmada e transitada em julgado não só a decisão que lhe deferiu (eventualmente uma liminar), como, mormente, a sentença final de mérito do processo⁸² (confirmando, é claro, o direito material que se buscava resguardar com a sanção). Para os adeptos de tal corrente, a multa teria caráter iminentemente acessório⁸³, ou seja, dependeria da confirmação do direito que se busca proteger para poder ser exequível, e, em isso não ocorrendo, perderia o seu objeto, como se nunca tivesse existido.

Esta corrente que condiciona a exequibilidade da multa ao trânsito em julgado dos autos, embora não seja um posicionamento isolado e conte com o apoio de consideráveis doutrinadores de renome⁸⁴, utilizando de esteio o texto de leis específicas (Lei da Ação

⁸⁰ “É esse o espírito que deve iluminar os olhos que forem lançados sobre o artigo 461-A. Se é verdade que o legislador ouviu a afirmação de que a ação real exige sentença com executividade intrínseca, não há como pensar que essa sentença não possa ser utilizada em face das pretensões obrigacionais de entrega de coisa, ou muito menos, esquecer a importância da multa para a efetividade do processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 500).

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 514/515.

⁸² “Não se está afirmando, com isso, que as astreintes, não possuirão força coercitiva no período em que vigoram as decisões posteriormente cassadas ou reformadas. Denota-se, apenas, que a completude do processo de aplicação das astreintes, ou seja, sua previsão *in concreto*, sua incidência e sua execução, está umbilicalmente ligada ao interesse do autor e ao sucesso da demanda por este movida, independentemente de, no decorrer do processo, ter havido o descumprimento de uma ou outra ordem judicial.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 73)

⁸³ “A importância de realçar o caráter acessório da astreinte está diretamente ligada ao efeito que alterações no status da obrigação principal ou na possibilidade de seu cumprimento podem provocar na eficácia da decisão que a fixa, bem como na sua incidência e exigibilidade. Exemplificando: consistindo a multa em técnica de tutela, e, portanto, acessória, não subsiste a decisão que a fixa se o devedor, por exemplo, foi exonerado da obrigação por força de posterior decisão judicial.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 79)

⁸⁴No mesmo sentido BRUSCHI: “Já a multa fixada na sentença somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado, salvo exceção legal, ou seja, quando esta – sentença – produzir efeitos de forma imediata – hipóteses do art. 520 do Código de Processo Civil, p. ex., ou quando a antecipação da tutela é diferida nesta fase.” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Cumprimento de decisão judicial que fixou a multa. BRUSCHI, Gilberto Gomes. SHIMURA, Sérgio. (coords). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, V. 1, p. 333), E ainda MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 181/183; GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Repro*. n. 79. 1995. p. 71 e AMARAL, Guilherme Rizzo. *As*

Civil Pública, art. 12, §2º, L. 7347/85, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 213, §3º, L. 8069/90), ao que parece, não se coaduna com a melhor solução da questão, isto porque, ao se interpretar a afirmação de um de seus maiores defensores, no qual tantos outros se apoiaram, verifica-se que, na realidade, a ideia central de seu posicionamento talvez não fosse exatamente aquela que se difundiu, a qual, inclusive, ainda necessitava ser melhor “trabalhada”.

Ora, a afirmação de Dinamarco, feita em 1995, para quem “*as multas só podem ser cobradas a partir da preclusão da sentença ou de decisão interlocutória que as concede: antes é sempre possível a supressão das astreintes ou do próprio preceito pelos órgãos superiores.*”⁸⁵, não deve ser interpretada a par de seu contexto histórico, e necessita ser melhor esmiuçada, consoante bem ponderou Talamini⁸⁶. Conforme bem observado pelo referido doutrinador, aparentemente, naquele trabalho, Dinamarco não defendeu com essa afirmação que a astreinte estaria vinculada à decisão final do processo, ou dependeria do seu trânsito em julgado. Aliás, muito pelo contrário, uma análise atenta da indigitada afirmativa supratranscrita, faz-nos perceber que o indigitado Mestre apenas condicionou a exigibilidade da astreinte à preclusão da decisão, ou seja, ao não cabimento de ulteriores recursos contra (especificamente) o *decisum* que estabeleceu a incidência da astreinte (seja ele uma sentença ou uma decisão interlocutória).

Todavia, embora, em um primeiro momento, pareça absolutamente acertado tal ponto de vista, observa-se que, na prática, o posicionamento acima exposto acaba por acarretar uma série de incoerências e contradições, pois olvidou que a decisão interlocutória preclui com a não interposição de agravo (que é mais comum não serem interpostos do que a não interposição de uma apelação), o qual, ainda que seja manejado, é julgado em um lapso temporal incontáveis vezes mais célere do que uma apelação, que, além de possuir um moroso julgamento, ainda pode ser objeto de recurso especial ou extraordinário. Por corolário, aplicando-se este entendimento, estar-se-ia permitindo a “rápida” execução da astreinte tão-somente quando fosse arbitrada em sede de decisão interlocutória, sendo que, quando fosse fixada em sentença, impreterivelmente, teria que aguardar o fim do processo, pois esta última apenas preclui quando transita em julgado, o

astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 194/204

⁸⁵DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do CPC.* 2 Edição. São Paulo: Malheiros: 1995, p. 158.

⁸⁶TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 253/255

que se traduziria em incontestado paradoxo do sistema processual. E, com esse raciocínio (e em especial da incongruência entre o sistema de cumprimento das tutelas antecipadas e das sentenças, mormente antes da reforma que instituiu o processo sincrético no CPC), todos concordam haver se equivocado o arquétipo processual⁸⁷, cujo engano continuará a ser praticado na execução da astreinte, caso se adote o posicionamento supra.

Em decorrência do acima exposto, tem-se que, na verdade, a astreinte (principalmente por conta de sua função e objetivo), precisa ser considerada exigível desde logo, em qualquer caso, mais especificamente a partir do momento em que se torna eficaz a decisão que a estabeleceu, ou seja, quando não mais estiver sujeita à interposição de recurso dotado de efeito suspensivo⁸⁸, isto porque a referida medida coercitiva não pode ser mais forte (e eficaz) quando aplicada em sede de liminar (cuja decisão é objeto de cognição sumária) do que quando aplicada em sede de sentença ou acórdão (que possuem cognição exauriente). Assim sendo, quando fixadas em sede de decisão interlocutória, via de regra, terão exigibilidade imediata⁸⁹ (salvo quando, à evidência, concedido efeito ativo ou suspensivo ao agravo), cumprindo seu papel coercitivo, ao passo que, em todos os demais casos, quando, por exemplo, forem fixadas em de sentença, ou no acórdão que

⁸⁷ “Todavia, o entendimento jurisprudencial reinante, tornava evidente a incongruência entre o tratamento dado para a efetivação das sentenças e aquele conferido à efetivação das decisões antecipatórias de tutela, o que acabava refletindo, igualmente, no sistema de aplicação das astreintes, notadamente na incidência da multa. Ocorre que o novo tratamento dado à antecipação da tutela, após a nova redação do artigo 461 (introduzida pela lei 8.952/94), passou a ser privilegiado em relação à sentença. Ou seja, a tutela antecipada, precária e provisória, deferida com base na cognição sumária, passaria a ser exigível tão logo intimado o réu do seu deferimento, independentemente de execução *ex intervallo*. Da mesma forma, a partir do descumprimento da ordem judicial para a qual havia sido intimado o réu, passariam a incidir as astreintes. Paradoxalmente, a tutela definitiva, definida com base em cognição exauriente, demandaria a instalação de um novo processo (execução *ex intervallo*), com regular citação do réu, para, somente assim, caso esse descumprisse a obrigação exequenda, incidirem as astreintes.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 79)

⁸⁸ “(...) para que a multa coercitiva passe a incidir, é preciso que a respectiva decisão esteja com a sua eficácia liberada; ou seja, que tenha transcorrido o prazo assinado para o cumprimento do dever imposto ao obrigado devidamente intimado e que ao recurso por ele eventualmente interposto não tenha sido concedido o efeito suspensivo.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 163/164)

⁸⁹ “Caso se parta da premissa “ii”, a multa fixada no provimento antecipador de tutela é exigível desde logo. Afinal, o recurso cabível, agravo, não tem como regra geral o efeito suspensivo, (CPC, art. 497). Caso a decisão concessiva de antecipação de tutela venha a ser provisoriamente suspensa, em agravo de instrumento (CPC, art. 558), daí sim, não só o crédito advindo da multa não será exigível na pendência do recurso como também a própria multa não incidirá, desde a concessão do efeito suspensivo até o julgamento do agravo. Mas a atribuição de efeito suspensivo ao agravo será evento, além de excepcional, superveniente à inicial exigibilidade do crédito da multa.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 253).

julgou a apelação (pelo Tribunal Estadual), sua exigibilidade fica condicionada aos efeitos que serão concedidos pelo órgão julgador ao recurso manejado.

Esse entendimento, aliás, atualmente, é com o qual corrobora a maior parte da doutrina, adepta à corrente que, entende ser a multa diária exigível a partir do seu imediato inadimplemento⁹⁰, ou seja, a partir do momento em que a decisão deveria ser cumprida, pois não pendia mais sobre a mesma o manto protetivo do efeito suspensivo. E tem mesmo que ser assim, como já entendeu o STJ⁹¹, já que, caso contrário, toda a evolução do sistema processual em busca da efetividade do processo e resguardo do direito material, quando frente às obrigações de fazer, não fazer e dar (além da proteção das tutelas de urgência), e toda a eficácia conquistada pelo sistema cairia por terra⁹², regredindo a passos largos, porquanto, conforme elucida Talamini: *“a inexecutabilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retira boa parte da eficácia concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação. A ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu através da execução do crédito da multa é o mais forte fator de influência psicológica. A perspectiva remota e distante da execução depois do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona. Assim, e não bastassem os argumentos anteriores, esse último aspecto afastaria a viabilidade de aplicação analógica da regra do art. 12, §2º, da lei 7.347/85.”*⁹³

Assim sendo, não obstante as muitas controvérsias, a formação dos autos suplementares, ou a execução da multa no corpo do próprio processo, devido ao seu caráter

⁹⁰“Embora haja acesa polêmica doutrinária e jurisprudencial, o entendimento defendido por este Curso no item n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3, é o de que a exigibilidade da multa do art. 461 é imediata, superado, apenas e tão somente, eventual lapso de tempo para que o réu, voluntariamente acate e cumpra a determinação (a ordem) no magistrado. Assim, se o juiz determinou que o réu fizesse algo em dois dias, sob pena de multa, no primeiro minuto do terceiro dia a multa é exigível, e poderá ser cobrada pelo autor, seu beneficiário, de acordo com o disposto no art. 475-J. A única forma de impedir a exigibilidade imediata da multa é o réu suspendê-la pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso eventualmente interposto contra a decisão que a fixa. Caso contrário, não.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Vol. 4, p. 107).

⁹¹ STJ, REsp 1.098.028-SP, de rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.02.2010

⁹² Manifestando-se à favor da exigibilidade imediata da astreinte pontua Cassio Scarpinella Bueno: “Pensar ao contrário, de resto, é criar subterfúgios para que ninguém mais acate qualquer determinação judicial simplesmente porque tem a expectativa, legítima e certa, de vir a ter proferida decisão futura em seu favor.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 4. 2011. p. 108)

⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 254

auto-executório e coercitivo, pode, nos termos do entendimento prevalente do STJ⁹⁴, se dar a qualquer tempo, a partir da finalização do prazo determinado para cumprimento da obrigação (desde que não haja pendência de recurso com efeito suspensivo), permitindo assim sua execução imediata.

O principal argumento para tanto traduz-se no simples fato de que se a execução da multa não puder se dar de forma imediata (desde o descumprimento da obrigação), esta perde totalmente a sua eficácia, e sua natureza coercitiva, tornando-se um instituto praticamente inútil⁹⁵. Isto porque, o objetivo da multa diária é assegurar de imediato o cumprimento das obrigações determinadas⁹⁶, trazendo segurança aos negócios jurídicos, seja coibindo as partes de descumpri-los (ex: impedindo corte de energia/ negativas) ou coagindo as mesmas a cumpri-los (ex: obrigando a entrega de coisa certa/ desnegativas etc.).

E não convencem os argumentos daqueles que defendem a execução da multa somente após o trânsito em julgado, insistindo que sua carga coercitiva permanecerá a mesma, e que, permitir-se a execução imediata da astreinte poderia acarretar inúmeros prejuízos aos réus em caso de posterior reforma da decisão que fixou a multa⁹⁷. A uma,

⁹⁴“A multa coercitiva produz efeitos imediatamente. Vale dizer: desde o momento em que intimado pessoalmente o demandado para fazer ou deixar de fazer algo, a multa é eficaz.” (STJ, 3ª Turma, REsp 629.346/DF, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 28.11.2006, DJ 19.03.2007).

“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXECUÇÃO ART. 461 DO CPC. MULTA DIÁRIA (ASTREINTE). MOMENTO DE INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULAS 282 E 356/STF. - Na tutela das obrigações de fazer e de não fazer do art. 461 do CPC, concedeu-se ao juiz a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, caracterizadas por um procedimento híbrido no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos. - Fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461, e não cumprido o preceito dentro do prazo estipulado, passam a incidir de imediato e nos próprios autos as astreintes.” (STJ. REsp nº 663.774. Terceira Turma. Min. Rel. Nancy Andrighi. DJe 26/10/2006)

⁹⁵ “Em decorrência do entendimento defendido por este trabalho de que a astreinte tem natureza coercitiva, entendemos que este é o melhor posicionamento, vez que a parte, caso considere indevida a multa, deve se insurgir contra a decisão que a estabeleceu através dos meios processuais adequados e não simplesmente deixar de cumprir a decisão judicial, que, naquele momento, era válida e eficaz.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 167)

⁹⁶“(…) é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância” razão pela qual “é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.” (REsp 885737/SE, PRIMEIRA TURMA, DJ 12/04/2007).

⁹⁷ Nesse sentido, posiciona-se AMARAL: “Por essa razão, condicionar a exigibilidade definitiva da multa cominada liminarmente à decisão transitada em julgado favorável ao autor, como inclusive faz expressamente a lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), não nos parece afetar o caráter coercitivo das astreintes.”

porque não é de hoje que se sabe que no Brasil (diferentemente de outros países) não existe a cultura ao adimplemento e à obediência das decisões judiciais, nem mesmo àquelas definitivas, e, por isso, a astreinte se torna tão importante, pois o risco futuro (e distante, em vista da morosidade do judiciário) de ver seu patrimônio atingido pouco afeta, e influencia, a parte condenada (a qual é até mesmo capaz de fazer uso de tal prazo para desfazer-se de seu patrimônio); e, a duas, porque, frente ao sistema que se propõe (e ora se defente), o qual até mesmo foi adotado pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tal execução (caso o credor opte por fazê-la antes do trânsito em julgado, o que entende-se por ideal) será provisória (seguindo regime *dest*, inclusive), não trazendo nenhum risco ao devedor, bem como garantindo-lhe, caso haja dano, o direito de ressarcimento⁹⁸.

Quanto ao tema da execução provisória, cabem aqui algumas considerações complementares, a fim de melhor compreender o assunto. Não obstante haja quem defenda que o objetivo da multa, ao assegurar o cumprimento das decisões judiciais, é, primordialmente, velar pela segurança jurídica (resguardando a autoridade da ordem estatal e com isso do próprio Estado), na realidade, tem-se que o objetivo principal de assegurar o cumprimento da decisão judicial é garantir, em última análise, o direito material. Assim sendo, não parece razoável o entendimento daqueles que defendem a exigibilidade da astreinte mesmo após a reforma da decisão que as concedeu pelo judiciário⁹⁹, mesmo porque, consoante já mencionado, o caráter da multa é *sim* acessório, sendo imprescindível a existência de uma obrigação principal¹⁰⁰, o que não impede, contudo, a sua execução imediata, mas com caráter e provisório¹⁰¹.

(AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 201)

⁹⁸ “Formado tal crédito pecuniário, ele comportará execução provisória, mediante o mecanismo comum da expropriação. Mas, chegado tal estágio, inviabilizou-se a execução específica da prestação *faciendi*, passando-se à execução de crédito em dinheiro (*astreinte*)” (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2006, p. 122) e “Eduardo Talamini esclarece que, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente provisória, seja fixada em decisão interlocutória, seja em sentença. Caso o exequente inicie a execução provisória do título que estabeleceu a multa, ele será obrigado a restituir ao executado o valor da multa, consoante regra inserta no art. 574 do CPC.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 166/167)

⁹⁹ FERREIRA, Willian Santos. *Tutela Antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 186/187.

¹⁰⁰ “Entendemos que punir o réu por ter descumprido decisão cuja legalidade não é admitida sequer pelo Poder Judiciário, equivale a um desvirtuamento completo da finalidade do processo, que é “restaurar o direito tutelado e entregar o bem da vida reclamado, satisfazendo, assim, a parte que sofreu a agressão”. Oferecendo “instrumentos processuais adequados à proteção efetiva do direito”, e fazendo atuar esses instrumentos com efetivo alcance de resultados práticos, o processo cumpre a sua função. Não se perca de vista que a finalidade do processo não é somente “dar a quem tem um direito na medida do que for praticamente possível, tudo

A manutenção da astreinte após a reforma da decisão que a concedeu é de fato ilógica, e não pode ser concebida pelo ordenamento, pois não há sentido em se manter uma multa que havia sido concedida para proteger determinado direito material que, ao final, verificou-se não existir. E, embora até mesmo Cassio Scarpinella Bueno pareça, em um primeiro momento, ser adepto à corrente que defende a exigibilidade da astreinte mesmo quando derrubado posteriormente o direito material e a decisão que a deferiu¹⁰², verifica-se que, logo em seguida, linhas abaixo da mencionada afirmação, o referido doutrinador estava, na verdade, a defender a execução imediata da astreinte, pois em caso de reforma da decisão, sustenta o direito ao ressarcimento e a perdas e danos quando pontua:

“Isto porque, o que vale para fins de efetivação da tutela antecipada é o momento que ela tem de ser cumprida. O que acontece depois, ao longo do processo, já não é mais um problema relativo à tutela antecipada ou às condições de sua efetivação. Se o réu poderá recobrar a multa, compensá-la com o autor pelos danos com o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, isso tudo é questão que se põe no plano da responsabilização objetiva (v. n. 7 infra) daquele que se beneficia da tutela antecipada, mas que não desnatura a natureza jurídica do ato em discussão.¹⁰³”

aquilo a que tem direito”, mas, também, “precisamente aquilo a que tem direito”. Nem mais, nem menos.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 201/202). E ainda: “Não é viável, opor contra essa conclusão o argumento de que a multa resguarda a autoridade do juiz – e não diretamente o direito pretendido pelo autor -, de modo que, ainda que posteriormente se verificasse a falta de razão do autor, isso não apagaria, no passado, o descumprimento, pelo réu, da ordem judicial que receberá. A legitimidade da autoridade jurisdicional ampara-se precisamente na sua finalidade de tutelar quem tem razão. A tese ora criticada, se aplicada, longe de resguardar a autoridade jurisdicional, apenas contribuirá para enfraquecê-la: consagraria o culto à uma suposta “autoridade” em si mesma, desvinculada de sua razão de ser. Tanto mais grave, quando se considera que o crédito da multa não redonda em benefício do Estado, mas do autor – o qual, na hipótese em exame, não tem o direito que afirma como seu (9.9).” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 255).

¹⁰¹ “A execução da multa antes do término do processo não contraria o caráter reversível e provisório da tutela antecipada, que, portanto, pode ser modificada e revogada até a decisão final, vez que todos os valores eventualmente recebidos serão restituídos ao vencedor” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 168)

¹⁰² “Também, por força da natureza coercitiva da multa, ela pode ser exigida pelo autor mesmo quando a tutela antecipada, a final, não se confirmar (v. n. 4.1 do Capítulo 1 Parte III do vol. 3).” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 4. 2011. p. 107)

¹⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 4. 2011. p. 107/108.

Ao que tudo indica, por conseguinte, é que o renomado jurista estava a defender que a astreinte não pode deixar de ser exequível de imediato ao argumento de que a decisão seja, futuramente, caçada/reformada, mas, em contrapartida, não defende (pelo menos não de maneira expressa) que o executado não teria o direito de ser futuramente reparado, caso a decisão venha a ser reformada, tanto que, linhas à frente, quando trata da responsabilidade pelo cumprimento da decisão antecipatória de tutela, reforça que a mesma seria objetiva e que o exequente teria o dever de indenizar a parte contrária de todos os danos que lhe foram causados¹⁰⁴. Por conseguinte, reformada a decisão de procedência prolatada nos autos, ou seja, refertido o direito material, endentendo-se pela inexistência do direito à tutela específica, caem por terra a astreinte, cujo direito, como dito é acessório¹⁰⁵.

Não se diga, contudo, por outro lado, que, por conta de eventual prejuízo por conta da reversão do *decisum* seria incabível a execução imediata da astreinte, em vista da possibilidade de reforma da decisão. Aliás, é exatamente por isso, como dito, que a execução da astreinte deve se dar nos moldes da execução provisória¹⁰⁶ (art. 475-O do CPC). Aplicando-se a astreinte o sistema das execuções provisórias, assegura-se tanto o seu caráter coercitivo, pois o executado já é, desde logo, ameaçado e constrangido em seu patrimônio, bem como resguarda-se os direitos do réu (para o caso da decisão vir a ser reformada), haja vista que eventual levantamento de quantia pecuniária, ou adjudicação do bem penhorado, no curso da execução provisória, depende de caução e necessita seguir os termos especificados na lei, conforme bem lembra Evandro Carlos de Oliveira¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 4. 2011. p. 109. E é o que também defende Talamini: “Caso em via recursal ou mesmo por ação de impugnação (rescisória, mandado de segurança...) venha a se definir que o autor não tinha direito à tutela, ficará sem efeito o crédito derivado da multa que eventualmente incidiu. Se o autor já houver recebido, terá de devolvê-lo. Isto valerá tanto para a multa imposta em antecipação de tutela quanto para a estabelecida em sentença.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 254/255)

¹⁰⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JuspoVm, 2009. v.5, p. 454

¹⁰⁶ “Parece que a premissa “ii” é mais compatível com o regime geral de tutela antecipada. Cabe reconhecer que, 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” (CPC, art. 588).” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 254).

¹⁰⁷ “Com o máximo respeito às opiniões em contrário, entendemos que o autor pode executar a multa estabelecida em seu benefício no curso do processo, mas, caso o pedido seja rejeitado, deverá ressarcir o réu pelos prejuízos que lhe causou, inclusive com a devolução da multa. (...). Caso o autor tenha tomado alguma medida para a cobrança da multa, ele responde de forma objetiva pelos prejuízos causados ao réu, nos termos do art. 475-O e 811 do Código de Processo Civil. Ressalte-se que a execução da multa durante o processo seria provisória e o levantamento de qualquer valor dependeria da apresentação de caução suficiente e

2.2.1 – Da incidência da multa do art. 475-J na execução provisória

Ademais, em se tratando o presente estudo acerca de uma das multas cominatórias previstas em nosso ordenamento e abordando-se aqui a respeito da execução provisória, aproveita-se a oportunidade para trazer à baila o posicionamento (um tanto quanto controverso) a respeito da aplicação da multa coercitiva prevista no artigo 475-J do CPC às execuções provisórias. O entendimento atual do STJ¹⁰⁸ verte no sentido de que a multa do 475-J não se aplica aos casos de execução provisória. A Corte Especial, ao julgar o REsp 1.059.478-RS (Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Aldir Passarinho Junior), em 15/12/2010, pacificou a controvérsia sobre o tema, decidindo, por maioria, que, na execução provisória, não pode incidir a multa de 10% prevista no art. 475-

idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos, e somente poderia ser dispensada quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrasse situação de necessidade ou nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (art.544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 167/168)

¹⁰⁸“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE LÓGICA. PECULIARIDADE NO PRESENTE CASO. DECISÃO QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO. SÚMULA 283/STF. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC depende do trânsito em julgado e da intimação da parte, por seu advogado, sendo desnecessária a intimação pessoal do devedor. 3. No REsp 1059478/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 15/12/2010, DJe 11/04/2011, pela Corte Especial, reafirmou-se o posicionamento acima exposto. 4. No presente caso, tendo sido intimada a parte recorrente para cumprimento da sentença em 20.11.2008, nessa oportunidade deveria ter-se insurgido contra a referida decisão ainda não transitada em julgado. Todavia, tendo permanecido inerte naquela ocasião, ocorreu a preclusão do direito de se recorrer da decisão que determinou o cumprimento da sentença não transitada em julgado e, conseqüentemente, da aplicabilidade do art. 475-J do CPC. Verifica-se que a parte recorrente não atacou tal argumento utilizado como fundamento pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.5. Recurso especial conhecido e não provido.” (STJ. REsp 1274444 / RS 2011/0205735-5, 2 Turma. Min. Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES. 02/02/2012)

“AGRAVOS REGIMENTAIS DE AMBAS AS PARTES – RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INCOMPATIBILIDADE - AFASTAMENTO - PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL (RESP 1.059.478/RS) - ARTIGO 21 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - GRAU DE SUCUMBÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - PRECEDENTES - IMPOSSIBILIDADE - FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - MANUTENÇÃO - RECURSOS IMPROVIDOS.” (STJ. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.208.854 - SP (2010/0160323-0. 3 Turma. Min. Rel. MASSAMI UYEDA. 18/05/2011)

J do CPC (acrescentado pela Lei n. 11.232/2005). Para o Min. Aldir Passarinho Junior, na execução provisória, a parte ainda está exercendo seu direito constitucional de recorrer, logo, não seria o momento compatível para a exigência de multa incidental, pois não se poderia punir a parte enquanto no gozo de seu direito constitucional de apelar, visto que só não faz o pagamento porque ainda não estaria obrigada a fazê-lo, por se tratar de uma execução provisória, a qual ainda aguarda uma decisão definitiva.

Ressalta-se que essa situação difere da execução definitiva, quando a multa prevista no citado artigo serve para punir aquele que se nega ou recusa a pagar a obrigação decorrente de uma decisão judicial já transitada em julgado. Também colaciona precedentes julgados nas Turmas do STJ, destacando doutrina na qual se observa que o art. 475-J utiliza os termos “condenado” e “condenação”; logo, não haveria condenação enquanto houvesse recurso pendente de julgamento. (Informativo nº 460/STJ)¹⁰⁹.

Todavia, conforme positivado pela própria lei federal, vê-se que a execução provisória seguirá nos mesmos moldes da definitiva (art. 475-O, CPC). Assim sendo, é a própria lei que estabelece que a execução provisória deve seguir os mesmos trâmites da definitiva, isto é, seu procedimento é idêntico ao do cumprimento de sentença, diferindo, apenas, no momento do levantamento do objeto da execução. Portanto, se nas execuções definitivas, depois de transcorrido o prazo legal de pagamento (cumprimento voluntário) sem o cumprimento da obrigação pelo devedor, é aplicada a multa prevista no art. 475-J do CPC, assim, de idêntica maneira, também deve ocorrer na provisória, quando, após decorridos 15 dias da intimação do executado para cumprimento da obrigação provisória, deve incidir a indigitada multa¹¹⁰.

¹⁰⁹ No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag 1198608/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 13/08/2010 e REsp 1038387/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29/03/2010, este assim ementado: "*RECURSO ESPECIAL. 1) EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA DO ART. 475-J, DO CÓD. DE PROC. CIVIL – DESCABIMENTO; 2) MULTA DO ART. 601 DO CÓD. DE PROC. CIVIL. CABIMENTO EM CASO DE ATO ATENTATÓRIO DIGNIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO NO CASO. 1.- a) Na Execução Provisória não cabe a imposição de multa, com fundamento nos arts. 475-J e 601, caput, do CPC, reservada à execução definitiva. b) (...); e c) subsidiariamente, na hipótese de restar julgada improcedente a exceção de pré-executividade, impõe-se o afastamento da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC, porquanto inaplicável em sede de execução provisória de sentença 2.- (...). 3.- Recurso Especial provido (CPC, art. 105, III, "a") por violação dos arts. 575-J e 601 do CPC.*"

¹¹⁰ “[...] o devedor tem que pagar a quantia identificada na sentença, assim que ela estiver liquidada e não contiver nenhuma condição suspensiva, isto é, assim que ela tiver aptidão para produzir seus regulares efeitos. De forma bem direta: desde que a sentença tenha transitado em julgado ou desde que ela ADMITA SUA “EXECUÇÃO PROVISÓRIA”, o devedor tem de pagar. E tem 15 dias para fazê-lo, sob pena de terem início as providências descritas nos parágrafos do art. 475 – J.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 73).

Ora, do mesmo modo que a execução definitiva começa por iniciativa do credor, a provisória também depende da vontade deste. Na execução definitiva (conforme entendimento atual do STJ), o devedor é intimado via diário oficial a cumprir com sua obrigação (“cumpra-se”), ou seja, para pagar ou oferecer impugnação no prazo legal; de idêntica maneira deve ocorrer na provisória. Por fim, caso não haja o pagamento da dívida no prazo para cumprimento voluntário na execução definitiva, aplicar-se-á como sanção a multa do art. 475-J do CPC; então, não havendo a garantia da dívida, nesse mesmo prazo, também deve incidir a multa na execução provisória¹¹¹. E, neste sentido, é o escólio do próprio idealizador das últimas grandes reformas processuais (inclusive a que introduziu o art. 475-J em nosso ordenamento), ex-ministro do STJ, Athos Gusmão Carneiro¹¹².

A respaldar tal entendimento, verte o fato de ser cediço que a criação da multa prevista no art. 475-J, respaldada no princípio da economia processual, se deu como um mecanismo punitivo para que a parte executada cumpra/satisfaça a execução, eximindo assim o credor e o poder judiciário do encargo de realizar as atividades de busca no patrimônio do devedor com objetivo de, pela prática de atos expropriatórios, garantir/satisfazer a execução. Ou seja, a multa seria uma penalidade para o devedor recalcitrante (que movimentava a máquina judiciária), estimulando o executado a cumprir a obrigação, bem como um bônus para o credor em vista do seu esforço e do ônus gasto com tempo e recursos para localizar o patrimônio de seu executado.

Assim sendo, caso não se aplique a multa do 475-J nas execuções provisórias (que vale lembrar são permitidas apenas naqueles casos previstos em lei, em que o direito do credor é quase tão certo, que o legislador entendeu por bem conferir ao mesmo o direito de garantir a efetividade da execução que está por vir, ou ainda em casos de tutela de urgência), estar-se-á conferindo uma vantagem maior ao credor e ao advogado não

¹¹¹ “entendemos que para a hipótese de execução provisória, considerando que esta corre por conta, risco e iniciativa do exequente, o executado deverá ser intimado através de seu advogado para cumprir voluntariamente a decisão e somente a partir dessa ocasião é que o prazo previsto no art. 475-J do Código de Processo Civil se iniciará. Sendo assim, a intimação do advogado do executado é pressuposto essencial para o início do prazo de 15 dias e a incidência da multa apenas no caso de execução provisória porque antes desta o executado não tinha ciência de que o exequente, por sua conta e risco, iniciaria a execução”. (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 197)

¹¹² “Reiteremos, destarte, a afirmativa de que a multa incide independentemente das intenções ou possibilidades do executado, pois decorre objetivamente do descumprimento da ordem de pagamento contida na sentença; e ficará sem efeito apenas se procedente o recurso pendente contra a sentença (casos de “execução provisória”, com restituição ao estado anterior – art. 475-O, II), ou se procedente a impugnação apresentada pelo executado.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento de sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 59)

diligente, que não lança mão dos benefícios a si conferidos pela lei para se resguardar e assegurar a efetividade de seu direito (por meio da execução provisória), do que àquele credor e ao advogado zeloso, preocupado com a eficácia dos atos processuais, que busca com a execução provisória evitar a frustração da execução definitiva e a dilapidação patrimonial por parte do executado, o qual deixaria de cumprir com sua obrigação até o trânsito em julgado (tornando obsoleta a execução), visto que até então deixar de cumpri-la não lhe traria nenhuma desvantagem¹¹³.

E não há que se dizer que na execução provisória não há mora/atraso do devedor por que a condenação ainda não está consolidada, porque sob esse argumento a própria execução provisória perderia a razão de ser, pois se não há condenação consolidada (pela ausência de trânsito em julgado¹¹⁴) também não seria cabível a constrição patrimonial em si, e, menos ainda, a cobrança de custas e honorários advocatícios, que incidiriam apenas, assim como a multa, por força de uma condenação que sequer “existe” ainda.

Isto porque, como dito, assim como na execução definitiva, a multa do artigo 475-J, na execução provisória, incide por conta da inércia do executado em cumprir um o comando judicial de apresentar bens que satisfaçam o crédito¹¹⁵, a fim de evitar as diligências de localizar bens do executado e praticar atos expropriatórios, com a única diferença de que na execução provisória (que corre por conta e risco do credor e depende, ao final, de caução para levantamento) tais bens servirão apenas como garantia, enquanto na execução definitiva a expropriação poderá ser levada até os seus ulteriores termos, independentemente de caução.

¹¹³ “É importante ressaltar que o presente estudo entende que a multa prevista no art. 475-J tem finalidade preponderantemente coercitiva e deixar de aplicá-la à execução provisória implicaria em um esvaziamento de sua destinação. Nesse caso o executado teria ciência de que em até 15 dias após o trânsito em julgado não precisaria cumprir a determinação judicial, tornando-se inócua a ordem proferida.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 197/198)

¹¹⁴ A corroborar que a execução independe de trânsito em julgado: “O art. 475-J do CPC, ao dispor sobre a aplicação da multa, não a condiciona ao trânsito em julgado da decisão, mas que ela passa a incidir a PARTIR DO MOMENTO QUE EXISTA CONDENAÇÃO EM QUANTIA CERTA E PRONTAMENTE EXIGÍVEL, o que se tem, sem sombra de dúvidas nos autos.” (TJSP. Agravo de Instrumento n.º 540.191-4/3. Des. Rel. Salles Rossi. Julgamento; 31/01/08).

¹¹⁵ “Caso o devedor não cumpra “voluntariamente” o julgado – mesmo que provisoriamente- incidirá a multa de 10% sobre o valor da condenação (...). É este, o do cumprimento de sentença, o modelo a ser observado também pela execução provisória. “[...] mesmo que “provisoriamente”, é que há espaço de sobra para a incidência da multa referida pelo art. 475 – J.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 149).

Por corolário, o primeiro ato da execução provisória deve ser a intimação do executado para apresentar bens em garantia sob pena de multa, assim como ocorre na execução definitiva, sendo que após 15 dias, havendo inércia do mesmo, incide a multa do 475-J e se inicia a busca por patrimônio. Tal medida, aliás, além de evitar a prática desnecessária de atos pelo poder judiciário ou pelo exequente, ainda é proveitosa ao executado que não seria “pego de surpresa” por uma execução provisória da qual ele só seria intimado após eventual penhora, sendo surpreendido com a constrição de seus bens, cujo ato sim, por ser inesperado, poderia lhe prejudicar muito mais, visto que com a intimação para apresentar bens em garantia, confere-se ao mesmo a possibilidade de escolher qual parte de seu patrimônio deixará temporariamente indisponível, até que se resolva definitivamente a lide.

Se a multa incide no cumprimento definitivo da decisão, também há de incidir no provisório (que segue, por força do art. 475-O, exatamente a mesma sistemática daquele), mesmo porque este se processa sob a integral responsabilidade da parte credora, que assume o risco de eventual reforma ou redução da decisão exequenda, pois caso assim não se entenda, o poder judiciário estará com todas as letras dizendo ao credor que, embora a lei lhe confira o direito de garantir seu crédito antecipadamente em determinados casos (por meio da execução provisória), financeiramente compensa mais ao mesmo permanecer inerte do que ser diligente, porque, se o executado deixar de apresentar bens, o exequente, além de ter que praticar inúmeros atos para resguardar seu crédito, não terá direito à multa prevista no art. 475-J, a qual lhe seria garantida se a execução fosse definitiva, com o que também concordam alguns desembargadores do TJSP¹¹⁶. Em outras palavras, estar-se-ia dando com uma mão, para, na sequência, tirar com a outra.

Como visto, inexistente sentido na argumentação de que para aplicação da multa seria necessário o trânsito em julgado da decisão, e muito menos que a pendência de um recurso

¹¹⁶ “[...] Inexiste qualquer óbice legal para que se aplique a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC nos casos de execução provisória. O art. 475-O do CPC que trata da matéria não faz qualquer ressalva e ainda remete seu processamento ao mesmo modo da definitiva, com algumas particularidades quanto à expropriação de bens e eventual reparação de dano caso haja a modificação da decisão exequenda.” (TJSP. Agravo de Instrumento n.º 540.191-4/3. Des. Rel. Salles Rossi. Julgamento; 31/01/08).

“PROCESSO CIVIL - Cumprimento de sentença - Aplicação da multa prevista no caput do artigo 475-J do Código de Processo Civil - Preceito omissivo quanto à natureza da execução - Elementos dos autos a demonstrar serem remotas as chances de reversão do julgado, pendente apenas agravo contra decisão que denegou o processamento de recurso especial - Admissão da multa nos casos de execução provisória da sentença, pois já dotada de executoriedade, apenas com limitações quanto aos atos de alienação de bens - Recurso provido.” (TJSP. Agravo de Instrumento n.º 5395414900. Des. Rel. Francisco Loureiro. 4ª Câmara. Dir. Privado. Julgamento: 17/01/08)

(que, segundo o teor do art. 497 do CPC, não possui efeito suspensivo como regra) coloque óbice ao cumprimento voluntário do julgado, consoante lembra a Des. Regina Capistrano¹¹⁷:

“Ementa: LICITAÇÃO. DETERMINAÇÃO PARA QUE A EXECUTADA DEPOSITE VALORES SOB PENA DE MULTA E PENHORA, NOS TERMOS DO ART. 475-J, DO CPC. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECURSO TRAMITANDO SEM EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA, NOS TERMOS DO ART. 475-O, DO CPC. INCIDÊNCIA DA MULTA, NÃO OCORRENDO O CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL IMPUGNADA - IRRELEVÂNCIA DE A EXECUÇÃO SER PROVISÓRIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO MANTIDA (...) Veja-se que tal multa tem caráter coercitivo, podendo e devendo ocorrer também em execuções provisórias, até porque a singela determinação de cumprimento do julgado desacompanhada de elemento com força concreta para impor ânimo ao devedor em cumprir sua obrigação implica em verdadeiro convite para que seja ignorada a determinação judicial. (...) Demais disto, não existe na legislação a ressalva de que a multa de 10% do valor do débito, incidente na hipótese do não cumprimento da obrigação após a intimação, só pode ser exigida quando a execução é definitiva. O fato de haverem recursos interpostos não obsta o prosseguimento do cumprimento da sentença, quando tais recursos não possuem efeito suspensivo, como ocorre no vertente caso.”

Por corolário, a não aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC às execuções provisórias, além de enfraquecer o referido procedimento, também acarreta em um contrassenso do sistema processual, o que, acredita-se, não tenha sido a ideia do legislador ao criar esse instituto, o que se denota, especialmente, da posição do ministro Athos Gusmão Carneiro, já acima mencionada, um dos idealizadores da dita reforma, a justificar a veemência com que se defende a aplicação da mesma.

¹¹⁷ TJSP. Agravo de Instrumento nº 0196499-74.2011.8.26.0000. Des. Rel. Regina Capistrano. 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. DJ 06/03/2012.

E, na mesma linha: AI nº 727.623.5/2- 00, São Paulo, rel. Des. Regina Capistrano, j. em 29.01.2008; AI nº 932.854.5/6- 00, Santos, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Renato Nalini, j. em 28.07.2009; AI nº 847.838.5/9-00, São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Franklin Nogueira, j. em 27.01.2009.

2.3 – Da intimação do devedor para fluência da astreinte

Para a exigibilidade desta medida coercitiva, contudo, é posicionamento quase assente na jurisprudência¹¹⁸ e na doutrina¹¹⁹, acompanhando a súmula n. 410 do STJ¹²⁰, que se faz necessária a intimação pessoal do devedor em casos de condenação à obrigações de fazer e não fazer, sejam elas deferidas por meio de decisão interlocutória, ou através de sentença, a partir de quando, então, passará a fluir o prazo concedido para o cumprimento da obrigação estabelecida, incidindo, em caso de descumprimento da decisão no referido lapso, a astreinte.

Todavia, não obstante o texto da súmula e o argumento de que, por tratar-se de uma obrigação pessoal (cujo cumprimento é cabível somente e especificamente à parte condenada, sob pena de multa pecuniária), a referida parte teria o direito à “ciência pessoal” da condenação que lhe foi imposta (o que justificaria e respaldaria, no caso, a imprescindibilidade de sua intimação pessoal a fim de provar-se seu conhecimento incontestado acerca da condenação), vê-se que tal exigência difere da lógica aplicada a todo o restante do ordenamento jurídico no que concerne aos demais atos processuais (inclusive no tocante à multa do art. 457-J), nos quais a intimação acontece (sempre) na pessoa do advogado constituído nos autos¹²¹, consoante se depreende dos artigos 235,¹²² 236,¹²³ 237¹²⁴ do CPC, que não deixam dúvidas acerca do asseverado.

¹¹⁸ STJ, EAg 857.758/RS, de rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22.02.2011

¹¹⁹ “GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Cumprimento de decisão judicial que fixou a multa. BRUSCHI, Gilberto Gomes. SHIMURA, Sérgio. (coords). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, V. 1, p. 339; AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 145

¹²⁰ Súmula 410 do STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

¹²¹ “Considerando que o advogado pode receber todas as intimações que são expedidas para o cumprimento das decisões judiciais, entendemos que a parte pode e deve ser intimada para o cumprimento da ordem, sob pena de incidirem as astreintes, na pessoa de seu advogado.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 164)

¹²² Art. 235. As intimações efetuam-se de ofício, em processos pendentes, salvo disposição em contrário.

¹²³ Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial. § 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação. § 2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente.

¹²⁴ Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:

Tanto é assim que, tal qual preconiza o art. 242 do mesmo *codex*, “o prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão”, comprovando-se que no sistema processual brasileiro a intimação na pessoa do advogado não só é a regra, como é válida e eficaz para fazer surtir todos os efeitos emanados da decisão.

E foi nessa mesma senda que, após muito se discutir, definiu-se que até mesmo quanto à intimação referente à multa prevista no art. 475-J, deve ser realizada a intimação via DOE, na pessoa do advogado constituído, na esteira do que tem sido decidido no STJ¹²⁵, e restou, inclusive, sedimentado por meio do julgamento do REsp nº 940.274/MS. Inexistem razões, portanto, que diferenciem a incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC (que estabelece o prazo de 15 dias para que o executado apresente bens em pagamento/garantia, sob pena de incidência de multa de 10% sobre o valor da execução), da multa por descumprimento de obrigação de fazer, porquanto nenhum dos dois atos (seja o de pagar quantia certa, ou o de fazer ou não fazer) pode ser cumprido pelo advogado. Ou seja, se para cumprir obrigação pecuniária sob pena de multa a parte pode ser intimada através de seu advogado, para cumprir obrigação específica, personalíssima (de fazer), também o pode, não havendo fundamento lógico/legal capaz de justificar plausivelmente eventual dicotomia entre ambas.

Dessa forma, ao que parece, salvo nas hipóteses de liminares concedidas *inaudita altera pars*, em que a parte condenada na maioria das vezes sequer ainda constituiu advogado (quando, ai sim, faz sentido em falar-se em necessidade de intimação pessoal¹²⁶),

¹²⁵“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. SUFICIÊNCIA DA INTIMAÇÃO DO ADVOGADO, POR PUBLICAÇÃO OFICIAL. ENUNCIADO N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para a incidência da multa do art. 475-J do CPC basta a publicação oficial via nota de expediente, sendo desnecessária a intimação pessoal da parte. Enunciado n. 83/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (STJ. AgRg no Ag 1368892 / RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 19/03/2012)

No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. PRAZO DE QUINZE DIAS. TERMO INICIAL: INTIMAÇÃO DO DEVEDOR NA PESSOA DE SEU ADVOGADO, NA IMPRENSA OFICIAL. PRECEDENTE: RESP 940.274/MS (CORTE ESPECIAL). 1. 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, sendo que o prazo referido tem como termo inicial o primeiro dia útil seguinte à data da publicação da intimação do devedor na pessoa de seu advogado, na imprensa oficial, não obstante seja desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Recurso especial não provido.” (STJ. REsp 1265422 / RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 25/08/2011)

¹²⁶ “A intimação pessoal do obrigado para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer sob pena de astreinte somente se justifica quando este não tenha patrono devidamente constituído nos autos e em nada

não há qualquer embasamento jurídico que fundamente tal exigência quando a parte já possui nos autos seu representante legal, devidamente constituído, sendo que a exigência da intimação pessoal somente tem servido para ser usada de artimanha processual em prol dos obrigados para safarem-se da sanção imposta pelo descumprimento das obrigações a que foram condenados.

Destarte, como ordinariamente ocorre (sobretudo após as alterações da lei nº 11.232/05), em toda decisão proferida nos processos em que as partes se encontram devidamente representadas por advogado regularmente constituído, a intimação deve ocorrer na pessoa do advogado, cujo papel é bem representar seus clientes e mantendo-os cientes do andamento processual. As últimas alterações legislativas, em especial aquelas que consolidaram a formação do processo sincrético (e acabaram com a necessidade de nova citação do devedor para dar-se início à fase executiva¹²⁷), objetivavam acabar exatamente com esse tipo de situação, em que se permitia ao réu, após já instaurado o devido processo legal e formalizada a triangularização da relação processual, procrastinar e impedir o curso processual e a excussão de seu patrimônio através de sua ocultação, devendo a execução da astreinte acompanhar os avanços processuais, mesmo porque é hoje uma das mais importantes técnicas de tutela processual.

E nem se diga que, por tratar-se de obrigação pessoal, imputável e passível de ser cumprida somente pela parte condenada, a mesma possui o direito de ser intimada pessoalmente para que se consolide sua “ciência inequívoca”, porquanto se tal argumento for capaz de respaldar ou justificar a necessidade de intimação pessoal da parte para cumprimento da obrigação de tutela específica, como se explicará a desnecessidade de intimação da parte para responder pelas multas aplicadas em função de litigância de má-fé (arts. 14, 17, 600 e 601 do CPC), entre outras?! Ou bem se aplica o mesmo critério que

contribui para a efetivação das decisões judiciais (...)” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 165)

¹²⁷ “Considerando que atualmente não há mais necessidade de citação do executado para fase de execução de sentença, ante a adoção de procedimento sincrético, entendemos que somente haverá necessidade de citação e intimação pessoal do executado para cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer quando esta for objeto de título executivo extrajudicial e, no caso concreto, o magistrado fixar multa para hipótese de descumprimento da avença, Justifica-se a intimação pessoal nessa situação porque a ciência da ordem ocorrerá juntamente com a citação, considerando que até o momento o executado não tinha ciência do ajuizamento da pretensão do exequente. Por sua vez, no caso de cumprimento de sentença (execução de título judicial), o executado já fora citado pessoalmente para a fase de conhecimento e, após constituir advogado, todas as intimações que lhe são dirigidas devem ser encaminhadas, pela imprensa oficial, ao seu patrono.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 164/165)

norteia o ordenamento processual como um todo, qual seja: de que o advogado devidamente constituído representa o seu cliente em todos os seus atos que não desbordem os limites do seu mandato, ou estar-se-á concedendo às partes a justificativa/possibilidade de não responder pelos atos praticados em juízo por seus advogados (eximindo-se, assim, das multas por prática de ato atentatório a dignidade da justiça, litigância de má-fé, perda de prazos, efeitos da revelia, etc., e até mesmo, pelo atual entendimento jurisprudencial, da multa por descumprimento da decisão prevista nas execuções de título judicial)¹²⁸.

Aliás, entender que a intimação exclusivamente na pessoa do advogado de determinado ato judicial não pressupõe a ciência da parte, ou pode acarretar a ela algum prejuízo, implica em ignorar o CPC e atenta contra a própria classe dos advogados, que passariam, com o tempo, a ser considerados figura meramente decorativa no cenário jurídico-processual. Mesmo porque, confirmando a regra processual de que as intimações ocorrem na pessoa do advogado, verte expressamente positivado na lei civil (arts. 116 e 679 do CC/02) que o mandante/representado responderá pelos atos que seu advogado praticar e pelas intimações decorrentes do processo que receber (ainda que em seu prejuízo), na modalidade de responsabilidade *in vigilando* e *in eligendo*. E, a rechaçar qualquer argumento contrário (de que, em sendo assim, a parte estaria “desprotegida” nas mãos de seu patrono), tem-se que o cliente possui total respaldo legal para ser ressarcido e indenizado de eventuais prejuízos caso considere que seu advogado lhe trouxe algum ou agiu desbordando os limites de seu mandato¹²⁹.

Endossando o acima asseverado, em certa medida, é o escólio de Cândido Rangel Dinamarco¹³⁰ e Ana Lúcia I. M. Oliveira,¹³¹ entendendo ambos que o advogado representa a parte na completude dos atos que envolvem o seu mandato e que esta deverá responder

¹²⁸ VIDE arts. 652, §4º; 659, §5º e 475-J do CPC.

¹²⁹ “(...) lembrando que o advogado poderá responder regressivamente à parte prejudicada pela incidência das astreintes quando, por desídia, não lhe comunicar a ordem expedida pelo Poder Judiciário” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 165)

¹³⁰ “litigância de má-fé é comportamento desleal do litigante ou de seu patrono (...) A responsabilidade por litigância de má-fé é patrimonial e sempre perante o adversário, que é parte inocente. A parte responde sempre por ela, quer o ato antiético haja sido recomendado ou autorizado ao defensor, quer não haja sido. O advogado só responde se houver participado conscientemente da ilicitude (EA, art. 34, insc. VI, X, XIV, XVII), o que é natural em toda representação jurídica aos atos ilícitos (responsabilidade subjetiva); mas as hipóteses de sua responsabilidade por litigância de má-fé são todas aquelas indicadas no sistema do Código de Processo Civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4ª ed., Malheiros, 2002, p. 66-67).

¹³¹ “seja na conduta do advogado ou da parte, o mau comportamento será sempre imputado à parte e sobre ela recairão as condenações. Condenada por litigância de má-fé, deve a parte, em se tratando de ato do advogado, acionar-lhe regressivamente, nos termos do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor” (OLIVEIRA, Ana Lúcia I. M. de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000, p. 70-71)

pelos atos praticados em juízo por seus representantes, inclusive nos casos de litigância de má-fé.

E foi assim, certamente influenciado pelas considerações acima exaradas, que, apesar da súmula supracitada (410), ressurgiu, recentemente, dentro do próprio STJ, contrariedade sobre o assunto (a qual será pormenorizadamente analisada no próximo tópico). Mesmo porque, a insistência na necessidade da intimação pessoal do devedor vem criando situações no mínimo controvertidas na praxe forense, para não dizer esdrúxulas, porquanto têm-se como não aceitável no ordenamento jurídico que a parte pratique atos “contraditórios” entre si, não podendo a mesma valer-se da própria torpeza para eximir-se de suas obrigações. Com respaldo no brocado latino “*No Venire Contra Factum Proprium*”, não se mostra correto que diante de atos processuais que demonstrem a inequívoca ciência da parte a respeito da decisão que lhe condenou ao pagamento da multa diária (por exemplo, a interposição de recurso contra a decisão que estabeleceu a multa), esta possa eximir-se de sua obrigação sob o argumento de que não teria sido devidamente intimada. Se com a publicação da decisão, por si só, já se afigura possível, por expressa determinação do CPC (art. 242), que a parte seja considerada intimada, o que se dirá, então, em hipóteses em que houve interposição de recurso (qualquer que seja ele) pela parte condenada.

A par da súmula 410 do STJ, no intento de mitigar situações como a supradescrita, quando outros atos processuais (tais como interposição de recursos, manifestações de impugnação, cumprimento parcial da ordem, etc.) dão conta da ciência inequívoca da parte a respeito da obrigação em que foi condenada, tem então o TJSP buscado dar uma solução razoável aos casos práticos, a fim de evitar verdadeiras aberrações jurídicas, entendendo pela desnecessidade de intimação pessoal da parte e admitindo a fluência da multa a partir do ato capaz de demonstrar que a parte já tinha conhecimento da decisão¹³².

¹³²“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO - Execução provisória de astreinte - Impugnação - Alegação de ilegalidade da execução porquanto a ré não foi intimada pessoalmente da obrigação de fazer imposta pelo MM. Juiz singular - Observância da Súmula 410 do STJ – Fixação do termo inicial da multa na data do protocolo da apelação interposta pela ré, quando teve ciência inequívoca dos termos da sentença - Redução do valor da multa - Impossibilidade - Agravo provido em parte (...) Na hipótese, vê-se que a agravante não foi intimada pessoalmente para cumprir a obrigação, mas apenas pela imprensa oficial, vindo a efetuar o pagamento das despesas referentes ao tratamento da mulher do agravado aos 17 de setembro de 2009. Justa, portanto, se afigura a fixação do termo inicial da multa - como admite a própria agravante - na data da interposição do recurso de apelação, a demonstrar inequívoca ciência da sentença. (TJSP, AG 990.10.132663-9, rel. José Carlos Ferreira Alves, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ 07/12/2010)

Embora a mencionada solução não pareça a mais correta (sendo certo que, consoante aceitável para todas as demais decisões judiciais, deveriam ser igualmente admitidas as intimações via diário oficial quando a parte já possui advogado devidamente constituído nos autos das decisões que condenam à obrigação específica, sob pena de multa), digno de nota tal posicionamento do TJSP, reiterado em alguns julgados recentes¹³³, que, ao menos, não ignora o contexto do caso concreto e a má-fé dos obrigados tentando, de maneira razoável, aplicar a melhor justiça para a resolução do litígio.

Finalmente, cumpre esclarecer que a intimação do causídico não é para que o mesmo cumpra o teor da decisão, mas sim para que dê ciência ao seu cliente acerca do teor daquela, do mesmo modo em que ocorre quando intimado nos termos do artigo 600, 601, 475-J, e dos demais atos/decisões proferidas no curso do processo, em que o advogado é intimado para informar ao seu cliente sobre o andamento do processo e dos atos a serem

“A alegação da Agravante acerca da nulidade da execução da multa diária por ausência de intimação para o cumprimento da obrigação de não fazer imposta pela sentença não prospera. Na hipótese dos autos, verifica-se que a Agravante foi intimada da sentença através da imprensa (fls. 71), tanto que cumpriu parte da obrigação lá determinada, a partir do depósito das verbas da sucumbência (fls. 72), desse modo, inequívoca a ciência da Agravante acerca da multa que lhe seria imposta no caso de descumprimento” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.09.365351, rel. Berenice Marcondes Cesar, DJ 29/06/10)

¹³³ “Primeiro, inviável obstar a cobrança da multa ao fundamento de que faltou ao processo a indispensável intimação pessoal da agravada para cumprir a obrigação de fazer. Isso porque, ao contrário do que sustenta a recorrente, as cópias dos autos dão conta de que estava inequivocamente ciente do comando emanado pelo juízo a quo para regularização do empreendimento imobiliário, sob pena de multa diária. Tanto é verdade que a própria recorrente reconhece, de maneira explícita em suas razões recursais, que ‘às fls. 479, a agravante, em 16 de dezembro de 2004, comunicou ao juízo ter notificado a agravada para receber a competente escritura de venda e compra exigida, uma vez que fora regularizada a incorporação (fl. 5). Não pode, agora, voltar sobre seus próprios passos para afirmar, em verdadeiro comportamento contraditório, violador da boa-fé, que não foi devidamente cientificada da ordem de obrigação de fazer que lhe foi dirigida. No *venire contra factum proprium*, não é permitido agir em contradição com comportamento anterior. A conduta antecedente gera legítimas expectativas em relação à contra-parte, de modo que não se admite a volta sobre os próprios passos, com quebra da lealdade e da confiança (...) Em suma, a prova de ciência inequívoca da ordem de obrigação de fazer, não obstante a ausência de intimação pessoal, não tem força suficiente para afastar a cobrança da multa” (TJSP, rel. Francisco Loureiro, Agravo de instrumento nº 646.325.4/4-00, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ 13/08/2009) e “*CUMPRIMENTO DE SENTENÇA OBRIGAÇÃO DE FAZER* - Necessidade de prévia intimação do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Entendimento da Súmula nº 410 do STJ. *Hipótese, contudo, em que o processo não pode ser utilizado pelas partes para obtenção de vantagem ilícita ou excessiva, não podendo o credor e o devedor aproveitarem-se do sistema processual em seu benefício fora do justo e razoável. Multa que deve ser fixada para fazer justiça às partes, sem impedir a eficácia da determinação judicial, sendo válida a partir do novo prazo que ora se concederá, anotado que não haverá necessidade de intimação pessoal do agravante para o cumprimento da ordem - Agravo parcialmente provido para esse fim. (...) A agravante tem mesmo razão na questão da intimação para o cumprimento de sua obrigação, conforme dispõe a Súmula 410 do E. STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. (...) Esta Corte dará uma decisão que fará justiça às partes, sem impedir a eficácia da determinação judicial. É incontroverso que, ao menos a partir da intimação da decisão agravada, em 12.07.11, a ré podia ter cumprido a ordem judicial. Como interpôs o recurso no dia 25.07.11 (fls. 2), passaram-se 13 dias sem tê-lo feito. Devia cumprir a ordem e, claro, podia, ao mesmo tempo, interpor o recurso.” (TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0185730-07.2011.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba-SP – Rel. Des. Rizzatto Nunes, DJ 18/01/2012 e Embargos de declaração nº 0185730-07.2011.8.26.0000/500000, DJ 17/04/2012)*

por ele praticados. Percebe-se que, em ambos os exemplos supraexpostos, não se espera que o mandatário cumpra o ato pelo seu cliente, ou seja, não se espera que o mesmo apresente, no lugar daquele, patrimônio para garantir o débito e impedir a incidência da multa, mas apenas que o informe acerca de seus direitos e deveres no plano material, oriundos do processo.

Isto porque, caso assim não seja, estar-se-á concluindo, decerto, que o advogado possui livre acesso aos bens de seu contratante, bem como a liberdade de decidir por aquele se deve ou não cumprir determinada decisão, ou ainda, de qual bem irá oferecer à penhora por exemplo (cujas atitudes, a rigor, iriam muito além dos poderes de seu mandato). E, por conta de toda a argumentação supraexposta e dos fundamentos e diretrizes que norteiam o ordenamento processual vigente, foi que, atentos aos objetivos que embasaram a evolução legislativa e à eficácia dos comandos processuais e das técnicas de tutelas no processo constitucional, os e. Ministros do STJ começaram a repensar a questão, consoante esclarece a Min. Nancy Andrighi¹³⁴, em seu voto lavrado no acórdão que julgou embargos de divergência (que será melhor analisado a seguir), cuja tendência, agora, é modificar o rumo da jurisprudência.

2.3.1 – Do entendimento das Cortes Superiores

O entendimento maciço do STJ, conseqüentemente seguido pela maioria dos julgados emanados pelos Tribunais estaduais, veiculados por meio da Súmula 410 do STJ, até aproximadamente 2 anos atrás, vertia no sentido de que a intimação dos condenados a obrigação de fazer e não fazer, tidas como personalíssimas, deveria ser pessoal (ou seja, diretamente na pessoa do obrigado), sob pena de considerar-se nula ou inválida a referida intimação. Contudo, não obstante a redação da referida súmula e aos argumentos que a embasaram, considerando as reformas legislativas e os objetivos destas, em 02/02/2011, o Min. Herman Benjamin, decidiu por bem, mudar a sorte da referida questão

¹³⁴ “Vale ressaltar, por oportuno, que a conclusão alcançada no item anterior independe da natureza da obrigação a ser cumprida, se fungível ou infungível, pois, assim como ocorre na multa do art. 475-J do CPC, a intimação dirigida ao advogado não é para que este pratique o ato em nome da parte, mas apenas para que, na condição de mandatário, dê ciência ao mandante sobre a existência de uma determinação judicial que lhe obriga à prática desse ato, sob pena de multa.” (STJ. Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS. 2010/0010160-5. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe: 25/08/2011)

(fundamentando seu posicionamento no entendimento esposado em outras decisões, também do STJ¹³⁵, não tão hodiernas), cujo acórdão de sua relatoria reconheceu a desnecessidade de intimação pessoal da parte condenada à obrigação de fazer, com esteio no art. 461 do CPC, nos seguintes termos:

“PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXECUÇÃO. ART. 461 DO CPC. MULTA DIÁRIA (ASTREINTE). MOMENTO DE INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. 1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. 2. Fixada multa diária, consoante os §§ 3º e 4º do art. 461, e não cumprido o preceito no prazo estipulado, passam a incidir de imediato e nos próprios autos as astreintes (...) Em casos tais, o STJ tem seguido a orientação de ser desnecessária a citação do devedor para cumprimento de obrigação de fazer. 3. Agravo Regimental não provido”¹³⁶.

¹³⁵“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ARTIGO 475-I, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER. MULTA DIÁRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. (...). 2. A fluência do prazo para o pagamento voluntário da condenação imposta na sentença, nos termos consignados no art. 475-J do CPC, independe de requerimento do credor, bem como de nova intimação do devedor. É consectário do trânsito em julgado da sentença, da qual o devedor toma ciência pelos meios ordinários de comunicação processual dos atos processuais. 3. De acordo com o art. 475-I do CPC, o cumprimento de sentença de obrigação de não fazer segue a disciplina do art. 461 também da lei de processo, efetivando-se no mesmo procedimento em que proferida e sem intervalo. 4. Na definição do termo inicial para adimplemento da prestação, seja de pagar quantia certa ou de não fazer, tem aplicação o entendimento firmado no acórdão embargado segundo o qual "se a opção legislativa foi operar o sincretismo processual, trazendo para um único processo as fases de conhecimento e de execução, não faz sentido que, após toda a tramitação do feito, tendo-se ensejado às partes a vasta sistemática recursal disponível, volte-se a impor ao credor o ônus de localizar o devedor e de promover a sua intimação pessoal. 5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.” (STJ, EDcl no REsp 1087606/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 01/07/2009).

“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXECUÇÃO ART. 461 DO CPC. MULTA DIÁRIA (ASTREINTE). MOMENTO DE INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULAS 282 E 356/STF. - Na tutela das obrigações de fazer e de não fazer do art. 461 do CPC, concedeu-se ao juiz a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, caracterizadas por um procedimento híbrido no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos. - Fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461, e não cumprido o preceito dentro do prazo estipulado, passam a incidir de imediato e nos próprios autos as astreintes. - Para que seja suscetível de análise em sede de recurso especial, a ofensa a artigo de lei deve ter sido objeto de apreciação pelo Tribunal *a quo*. Incidência das Súmulas 282 e 356 do C. STF. Recurso especial não conhecido. (REsp. 663.774/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2006, DJ 20/11/2006, p. 301)

¹³⁶ STJ, AgRg no AG n. 1.332.796, rel. Min. Herman Benjamin, DJE 02/02/2011

A partir de então, reacendeu-se a discussão da aludida matéria naquela Corte Superior, vindo a tona todos os argumentos elencados no tópico acima que levaram às reformas processuais havidas em 2005 e 2006 (mormente o sincretismo, a celeridade e eficácia dos atos processuais), os quais, aquiescidos pelo acórdão prolatado no REsp n. 940.274/MS (que sedimentou o posicionamento que a intimação prevista no artigo 475-J do CPC pode se dar na pessoa do advogado, via diário oficial), levaram o STJ, por meio dos embargos de divergência interpostos no agravo nº 857.758-RS, a modificar o entendimento firmado na súmula 410 daquela casa de justiça, concluindo-se que, nos casos do art. 461, §4º, do CPC, a intimação do devedor para cumprir obrigação de fazer sob pena de multa diária, a exemplo das demais (máxime a multa do art. 475-J), também deve ser realizada via imprensa oficial, na pessoa do advogado, consoante se denota do trecho abaixo transcrito do acórdão prolatado pela ministra Nancy Andrighi:

“Destarte, a iniciativa que levou à inserção dos arts. 652, § 4º, e 659, § 5º, no CPC, de intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, acerca de atos e ônus relacionados com a penhora (nomeação de bens e depósito), deve se propagar para outros dispositivos do Código, sobretudo aqueles relacionados ao cumprimento da sentença e à execução, como fez a Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS. Aliás, o posicionamento do STJ sobre a possibilidade de intimação da parte via advogado deve ser visto como uma resposta à evolução escalonada que o legislador vislumbrou para processo civil. A compreensão total do âmbito das reformas exige tempo, para que a direção tomada pelas normas processuais fique mais clara e o espírito do intérprete se desprenda das concepções antigas. DIANTE DISSO, TAMBÉM A CIÊNCIA ACERCA DA IMPOSIÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 461, § 4º, DO CPC, DEVERÁ SER FEITA NA PESSOA DO ADVOGADO, DISPENSANDO A INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. Somente assim é que se estará efetivamente

cumprindo o desígnio das reformas, mantendo o Código harmônico e coeso. (...) ¹³⁷”

E tem mesmo de ser assim, aceitando-se a possibilidade de intimação via imprensa oficial, consoante decidiu o STJ, por votação unânime, nos embargos de divergência acima referido, cujo recurso é, inclusive, responsável pela uniformização da jurisprudência no âmbito do STJ e STF, sob pena de, consoante já exposto, a parte somente aquiescer aos atos praticados e às intimações recebidas pelo patrono, em juízo, quando assim lhe convier ou for beneficiada. Há que se destacar, nos termos expostos, e como bem observou a min. Nancy Andrighi em seu erudito voto proferido naqueles embargos de divergência, que inexistente distinção ontológica entre o cumprimento de obrigação de fazer/não fazer e de pagar (dependendo ambas de iniciativa da parte), divergindo ambas apenas quanto ao prazo para cumprimento, uma vez que o prazo das obrigações de pagar é estabelecido pela lei (15 dias), enquanto o prazo das obrigações de fazer é estabelecido pelo juiz casuisticamente.

Destarte, se não há distinção entre pagar e fazer, pois ambas as obrigações dependem exclusivamente da parte, não faz sentido admitir-se a diferenciação de situações absolutamente similares após o entendimento consolidado pela Corte Especial, também recentemente, quanto às obrigações de pagar. Neste compasso, admitir entendimento diverso do apregoado com muita propriedade pela ministra, seria o mesmo que privilegiar a execução de obrigações de pagar em detrimento da execução das obrigações de fazer, favorecendo-se, inclusive, a ocultação do devedor naquelas, como enfatiza a Min. Nancy Andrighi:

“Em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, isto é, o pagar também implica um fazer, ambos dependendo da iniciativa pessoal da parte.(...) Portanto, sendo as obrigações iguais na sua essência, não há porque o devedor ser delas intimado de modo diferente, sobretudo na hipótese em que, com base no art. 461, § 4º, do CPC, o Juiz impõe multa para o descumprimento da obrigação de fazer, circunstância que ocorre automaticamente nas obrigações de pagar quantia certa, nos termos do art. 475-J do CPC. (...) Exigir a intimação pessoal do devedor no cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer proporciona, ainda, o estímulo à sua ocultação,

¹³⁷ STJ. Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS. 2010/0010160-5. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe: 25/08/2011

já que sem essa formalidade não haverá como lhe impor medidas coercitivas para o cumprimento específico da obrigação. Essa situação, de certa forma, privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC. (...) A uniformização de procedimentos, tendente ao estabelecimento de regras aplicáveis a todas as situações análogas, simplifica a ação e evita o surgimento de verdadeiras “arapucas” processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto¹³⁸”

Todavia, há que se pontuar que a indigitada modificação de posicionamento vem respaldada na mudança legislativa, e, portanto, o resultado dos embargos de divergência mencionado, não possui o condão de caçar ou invalidar a súmula 410 do STJ, a qual deve ser aplicada apenas para as hipóteses de decisões proferidas antes da lei 11.232/05, como obtemperou com exímia precisão, em outro recentíssimo julgado da Corte Superior, proferido em 20/04/12, posteriormente ao julgamento dos embargos de divergência:

“Em princípio, a postura do Tribunal contraria a orientação que restou consolidada na 2ª Seção do STJ, por ocasião do julgamento do EAg 857.758/RS. Contudo, a observação mais atenta das datas em que os fatos ocorreram revelam o contrário. A Lei 11.232/2005, que alterou substancialmente o regime de cumprimento da sentença judicial, foi promulgada em 23 de dezembro de 2005, entrando em vigor apenas seis meses após sua publicação. A nova orientação desta Corte é válida apenas para as causas colhidas pelo novo sistema processual. Na hipótese dos autos, tanto o trânsito em julgado da sentença (4/5/2005), como a carga do processo (de 1º/11 a 15/12/2005) ocorreram antes da modificação da Lei. Incide, portanto, a orientação antiga desta Corte, consolidada no Enunciado nº 410 da Súmula/STJ: a intimação pessoal para cumprimento da obrigação de fazer era imprescindível. Esse foi, inclusive, o motivo pelo qual o Enunciado nº 410 da Súmula/STJ não foi cancelado, não obstante a modificação da orientação jurisprudencial da Corte.¹³⁹”

Em outras palavras, é dizer, seguindo o clamor da sociedade e dos doutrinadores - que já haviam levado os legisladores a pensarem em mecanismos de um processo constitucional (mais célere, menos burocrático e capaz de assegurar de maneira mais efetiva o direito neles guerreado), cujo resultado foi a concepção de todas as últimas

¹³⁸ STJ. Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS. 2010/0010160-5. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe: 25/08/2011

¹³⁹ STJ. Recurso Especial nº 1.121.457-PR. 2009/0020178-7. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe: 20/04/2012

reformular processuais, sempre pensadas com tais objetivos – a Corte Superior, ao reanalisar a questão da necessidade da intimação pessoal do devedor em casos de obrigações personalíssimas, aparentemente, repensou seu posicionamento exarado por meio da súmula 410 do STJ, a qual, agora, conforme entendimento consolidado naquela Corte, será aplicada apenas àqueles casos anteriores a edição da lei 11.232/2005. Assim, corroborando com toda a sistemática processual vigente, com respaldo na melhor doutrina, tudo indica que os acórdãos prolatados nos Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS e no Recurso Especial nº 1.121.457-PR vieram a colocar uma pá de cal sobre o assunto, dirimindo eventual divergência ainda existente, para tornar claro que a partir da lei 11.232/2005 a intimação da parte (que tiver advogado constituído nos autos) para cumprimento de obrigações de pagar, fazer, ou não fazer, e entrega de coisa, pode ser feita diretamente na pessoa do advogado, via diário oficial.

CAPÍTULO III – A astreinte e a conversão da obrigação em perdas e danos

Não obstante em um momento histórico anterior, época em que vigorava o Estado Liberal (cujo dever era de tão-somente assegurar o alvedrio dos cidadãos, não estando preocupado em corrigir as distorções sociais e, por acreditar que bens e pessoas eram todos iguais, não podendo, portanto, interferir na esfera de liberdade dos mesmos, ou seja, em sua esfera particular), não se permitisse ao Estado e, conseqüentemente, ao poder judiciário, a garantia da tutela específica, mas apenas de seu equivalente pecuniário, por prevalecer o princípio da autonomia da vontade (considerando-se que todos eram livres para se autodeterminarem), logo percebeu-se que tal sistema de liberdade criava, na realidade, uma total insegurança jurídica e a pura anarquia dos contratos, podendo as partes cumprir, ou deixar de cumprir, o que haviam pactuado ao seu bel talante^{140 141}.

Diante do quadro evidenciado, o próprio mercado, e a sociedade como um todo, passaram a cobrar do Estado e de seus poderes mecanismos capazes de garantir o cumprimento dos contratos efetuados, a fim de conferir segurança e respaldo aos negócios, posto que resguardar apenas a tutela pelo equivalente monetário, muito pouco soluciona a

¹⁴⁰ “Perceba-se, porém, que ao não se admitir a tutela específica, aceitando-se apenas a tutela pelo equivalente monetário, confere-se ao detentor do bem ou do capital a possibilidade de transformar o direito ao bem em direito ao dinheiro. Nesse sistema, aquele que necessita do bem, e por isso realiza o contrato, jamais tem efetivamente assegurado o seu direito, enquanto o detentor do capital ou do bem tem a possibilidade de, a qualquer momento, e inclusive em razão de uma “variação de mercado” que não lhe é benéfica, liberar-se da obrigação de entregar o bem mediante a prestação de um valor em dinheiro.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, pag. 384)

¹⁴¹ “A solução tradicional para o inadimplemento das obrigações sempre foi as perdas e danos. A boa doutrina que se manifestou sobre o tema justifica a correlação entre essas duas situações como decorrência da concepção de um modelo político de Estado (e, conseqüentemente, da função do próprio Poder Judiciário) que valorizava, antes de tudo, o individualismo e a intangibilidade da vontade humana. Alterados os perfis e os objetivos dos estados atuais, voltando-se a outros fins antes não concebidos, realinhados os papéis de duas diversas funções, inclusive do Poder Judiciário, não há mais como sustentar que a cada inadimplemento – ou ameaça de inadimplemento – só reste ao credor a obrigação de perseguir seu equivalente monetário. Até porque – embora nem sempre- há determinados direitos que não são sequer suscetíveis de avaliação patrimonial ou monetária. É este o contexto político em que os princípios constitucionais do “acesso à justiça” e da “efetividade do processo” (v. ns. 3 e 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) desempenham papel fundamental no tema relativo ao que a partir do art. 461 (e também do art. 461 – A; v. n. 3, infra) é chamado, com a concordância deste Curso, de “tutela específica” em contraposição à chamada “tutela genérica” (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Assim, é possível, àquele que se afirma credor de uma dada obrigação, obter, perante o Poder Judiciário, a imunização de uma situação de ameaça, evitando-se, com a intervenção jurisdicional, o inadimplemento de uma obrigação e, consoante o caso, sua inafastável conversão em perdas e danos. Não se trata de violentar a intangibilidade da pessoa humana e sua dignidade, princípio igualmente fundante do Estado brasileiro (art. 1, III, da Constituição Federal), mas, bem diferentemente, de criar mecanismos que obstem a ameaça de direitos, concretizando, assim, a diretriz agasalhada no art. 5, XXXV, da Constituição Federal.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar*. Procedimentos Cautelares específicos. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 4. 2011. p. 123)

questão àqueles a quem só interessa o cumprimento de uma obrigação específica. E sobre a importância de se defender o exato cumprimento da obrigação (ou no mínimo seu equivalente), esclarece Marinoni¹⁴² que “o ordenamento que não conhece a tutela específica admite que a parte mais forte no contrato pode sempre quebrá-lo, bastando estar disposta a pagar por isso.”

Consoante dispositivo expresso no art. 461, § 1º,¹⁴³ do CPC, o juiz não pode, por corolário, ao seu livre arbítrio, determinar de ofício a conversão de determinada obrigação em perdas e danos, visto que o cumprimento específico é sempre preferencial¹⁴⁴. Daí denota-se a importância da astreinte, cuja técnica de tutela visa exatamente assegurar o cumprimento da obrigação específica¹⁴⁵. Isto porque, o que importa ao direito contemporâneo é ser capaz de resguardar o direito material, ou seja, garantir o *status quo ante*, aquilo que deveria ser, ou deveria ter sido. Sendo assim, a tutela específica, na ordem judicial, terá sempre preferência, seguida da tutela pelo resultado prático equivalente, e em última instância pelo ressarcimento monetário, sendo que essa conversão em perdas e danos somente deve ocorrer se o cumprimento específico da obrigação tornou-se impossível ou inviável, ou se o autor assim requerer.

A defesa da tutela específica importa ao direto, pois é através da consecução da mesma que este demonstra sua força coercitiva e supremacia, além de ser a concreção do ideal, e, para tanto, o poder judiciário conta com a astreinte, sendo de rigor a valorização da mesma e sua cobrança cumulativa juntamente com as perdas e danos, em caso de efetivo descumprimento da obrigação e constatação da impossibilidade de seu

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, pag. 385.

¹⁴³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

¹⁴⁴ “A “conversão da obrigação em perdas e danos” só ocorrerá quando se tornar impossível o resultado específico (“tutela específica” e “resultado prático equivalente”) ou por opção do autor (art. 461, parágrafo 1). Fora dessas hipóteses e daquelas outras que o próprio direito material explícita ou implicitamente exclui o direito ao cumprimento específico (v. item. 4.2), o juiz não está autorizado a deferir mera indenização. O argumento de que a imposição de resultado específico seria excessivamente sacrificante para o réu não serve, por si só, de fundamento legítimo para conversão em perdas e danos. Não há no direito material brasileiro amparo para tal entendimento.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 323/324)

¹⁴⁵ “A tutela na forma específica, como é óbvio, é a tutela ideal do direito material, já que confere à parte lesada o bem ou o direito em si, e não o seu equivalente. É apenas mediante a tutela específica que o ordenamento jurídico pode assegurar a prestação devida àquele que possui a expectativa de receber um bem. Não é por outra razão que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, demonstram uma verdadeira obsessão pela tutela específica, afirmam que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, pag. 385)

cumprimento. A imprescindibilidade da cumulação da astreinte com as perdas e danos para a manutenção do sistema criado afigura-se necessária pelo fato de que, caso a multa não seja exigível em caso de conversão da obrigação perdas e danos (ou confunda-se com esta última, compensando-se, por exemplo) a mesma perde totalmente o seu caráter coercitivo, bem como sua força e finalidade, pois ao executado sempre compensará descumprir a obrigação e aguardar a reversão da mesma em perdas e danos, para, então, ao final, acabar pagando apenas o equivalente monetário, regredindo-se ao outrora vigente sistema do Estado Liberal.

O ressarcimento pecuniário, por vias indenizatórias, será sempre a última opção, havendo casos em que nem mesmo o credor pode pugnar por tal opção (quando, por exemplo, se tratarem de direitos indisponíveis ou de interesse difuso¹⁴⁶), razão pela qual não pode o mesmo ser privilegiado, o que ocorreria caso se entendesse que em sendo requerida a conversão em perdas e danos, a astreinte deixaria de ser exigível, ou seria “incorporada” ao pedido de perdas e danos.

Por corolário, embora os tribunais franceses tenham por algum tempo confundido sua astreinte com as perdas e danos (cuja controvérsia, naquele país, foi dirimida com a edição da lei 72-226, de 5 de julho de 1972, não havendo dúvidas na atualidade a respeito da possibilidade de cumulação de ambas as sanções¹⁴⁷), o que, também, por vezes, ocorre em nossos tribunais, é cediço que a astreinte e as perdas e danos tratam-se de institutos absolutamente diversos. *“Importa perceber que a astreinte tem por fim forçar o réu a adimplir, enquanto que o ressarcimento diz respeito ao dano. É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado.”*¹⁴⁸

Aliás, é do próprio dispositivo que regulamenta o tema que se denota que a astreinte pode e deve cumular-se com as perdas e danos, consoante se extrai do texto do § 2º do artigo 461¹⁴⁹ do CPC, onde encontra-se positivado que a indenização dar-se-á sem

¹⁴⁶ VIDE: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 327/330

¹⁴⁷ “afasta-se qualquer disputa sobre o caráter não reparatório da astreinte (Lei 91-650, art. 34, 1). É meio de coerção: ao fixá-la, o juiz não tomará em conta os danos sofridos pelo credor, mas outros fatores como a gravidade da conduta, a capacidade de resistência e os recursos financeiros do condenado. O valor da astreinte não só pode exceder o da indenização, como ainda as duas são cumuláveis.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 51)

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 172/173

¹⁴⁹ Art. 461, § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

prejuízo da astreinte. Para Marinoni¹⁵⁰, “o que se quer dizer quando se afirma que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”, é que a multa será devida independentemente de ser porventura igualmente devida a indenização pelo dano.”

3.1 – A multa vencida e a possibilidade de cumulação com as perdas e danos

Disso também se extrai que, mantido o mérito da decisão que a fixou, a multa corrida é sempre devida, tenha ela cumprido, ou não, o seu papel de compelir o executado a cumprir com a obrigação, independentemente de existirem também perdas e danos a serem ressarcidos, os quais, do mesmo modo, podem cumular-se com aquela. Destarte, podem existir situações em que a astreinte, apesar de ter alcançado a sua função de levar a parte a adimplir a sua obrigação, tenha incidido por certo tempo (ou seja, o requerido, embora tenha cumprido com o seu dever, não o fez dentro do prazo estabelecido), cuja demora no adimplemento, por sua vez, acarretou à outra parte danos que devem, do mesmo modo, além da astreinte, ser indenizados. E, mesmo que a multa tenha sido insuficiente para cumprir a sua função, havendo a conversão da obrigação em perdas e danos, estas serão exigíveis do mesmo modo que aquela (como dito, cumulativamente).

O único ponto a ser observado é que, convertida a obrigação em perdas e danos, cessa-se de imediato, por óbvio, a incidência de multa. Todavia, a astreinte devida até aquele dado momento continua a ser exigível. Não há situação fática, portanto, que impeça a cobrança da multa vencida, conjuntamente com as perdas e danos¹⁵¹. Pelo contrário, tem mesmo que ser assim, sob o risco da primeira tornar-se obsoleta e inefetiva, pois, consoante explanado, se a partir da conversão da obrigação em perdas e danos entender-se que a astreinte deixa de ser exigível (perde seu objeto, ou sua executoriedade), estar-se-á regredindo ao sistema anterior (em que apenas se concebia o ressarcimento pelo equivalente monetário), dando ao executado o direito de deixar de cumprir o pactuado ou imposto pelo judiciário, e até mesmo estimulando-o a descumprir a obrigação específica e

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 173

¹⁵¹ “Conclui-se, portanto, que a independência entre as astreintes e as perdas e danos tão somente contribui para o entendimento de que aquelas não compõem a indenização, e nem são alternativas a esta última, podendo ambas somar-se no momento da execução.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 78).

esperar pela sua conversão em perdas e danos, quando, então, efetuará o pagamento em pecúnia equivalente ao contratado (sempre que assim lhe convier)¹⁵².

E, diferentemente do que argumentam alguns, não há que se falar em *bis in idem*, haja vista que o fato gerador de cada uma dessas sanções é absolutamente diverso¹⁵³. Enquanto o caráter essencial da astreinte é coercitivo¹⁵⁴, e seu objetivo é assegurar o direito material, compelindo a parte a cumprir com a sua obrigação, as perdas e danos têm incidência sempre que ficar evidenciado algum prejuízo em vista do descumprimento ou do atraso no cumprimento da obrigação.

¹⁵² “No caso da tutela inibitória, não se concebe a confusão entre a multa e a indenização. Se o réu não observa a ordem inibitória, praticando o ilícito temido, a multa é devida independentemente do eventual dano que tenha sido produzido e deva ser reparado. Da mesma forma que a tutela inibitória não se confunde com a tutela contra o dano, a multa nada tem a ver com a indenização relativa ao dano. Se não fosse assim, a tutela inibitória jamais teria alguma efetividade, pois o demandado, ainda que sem obedecer a ordem inibitória, responderia apenas pelo eventual dano que provocou, o que seria obviamente absurdo. Na verdade, sem a correta compreensão dos diferentes escopos da multa e da indenização, o caráter coercitivo da primeira não passaria de uma miragem ou mesmo uma ilusão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 173) e “O § 2º desse artigo veio a eliminar qualquer dúvida: se o crédito decorrente da multa é algo inconfundível com as perdas e danos, careceria de sentido limitá-lo ao valor do dever violado ou dos prejuízos havidos. Mais do que isso, destruiria a utilidade do mecanismo.” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 242/243).

¹⁵³ “Tendo sido demonstrado à saciedade, em item anterior, a diferença entre as astreintes, medida coercitiva, e a indenização por perdas e danos, de caráter ressarcitório, é evidente serem elas cumuláveis” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 186).

¹⁵⁴ “Do caráter coercitivo das astreintes brotarão diversas outras características importantes, tais como a desvinculação do valor da multa para com a obrigação principal, cujo cumprimento é almejado, bem como a independência em relação às perdas e danos oriundas do descumprimento da decisão judicial.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 79).

CAPÍTULO IV – Do valor e da periodicidade da astreinte e a possibilidade de sua modificação

De acordo com todo o exposto, não restam dúvidas acerca do caráter eminentemente coercitivo da astreinte¹⁵⁵, o que é de suma importância para se estudar e compreender os critérios que norteiam sua fixação. Ora, se a multa se trata de um verdadeiro instrumento de coerção, deve, assim, ser arbitrada em montante capaz de coagir o obrigado a cumprir com a ordem judicial no prazo estabelecido, sob o risco de, se assim não for, tornar-se mera “pena pecuniária” ao devedor e perder o objetivo para o qual foi imposta (dar efetividade ao comando judicial)¹⁵⁶. Todavia, não deve a mesma ser fixada em parâmetro tão elevado que acabe por, na realidade, desestimular o condenado a cumpri-la. Deve, portanto, ser devidamente balizada a sua fixação¹⁵⁷. “*Para que a multa possa constituir uma autêntica forma de pressão sobre a vontade do réu, é indispensável que ela seja fixada com base em critérios que lhe permitam atingir seu fim, que é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.*”¹⁵⁸

Em vista de sua função, bem como pela redação do próprio dispositivo (art. 461 do CPC), verifica-se que a multa não possui um valor inicial e nem limite preestabelecido, devendo sempre levar em conta o caso concreto. Observa-se que no § 4º¹⁵⁹ do referido dispositivo, o legislador fez uso dos termos “suficiente” e “compatível com a obrigação”, sendo que ambos os critérios precisam ser considerados no momento da imposição da

¹⁵⁵ “Ela é, não esqueçamos, uma medida técnica com força de coação psicológica agindo sobre a vontade do devedor da obrigação. E se essa coação psicológica não for possível de ser exercida na contextualidade da medida, ela não tem nenhuma razão lógica ou jurídica de ser.” (SÁ, Fernando. *Multa Cominatória. Montante ou multa diária, qual pode ter seu valor modificado para mais ou para menos?*. RePro. , ano 36, nº 200 – Out/2011, p. 418).

¹⁵⁶ “Sempre pautado na natureza coercitiva da multa é que o magistrado definirá os parâmetros para a fixação se seu montante. Considerando a natureza coercitiva da multa, o seu montante deve ser proporcional à sua finalidade; não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às consequências decorrentes do descumprimento da ordem judicial, mas também não pode ser excessiva de forma a provar o réu, ainda que indiretamente, de sua vontade.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 150/151).

¹⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Executiva*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 3. 2012. p. 475

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 174

¹⁵⁹ Art. 461, § 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.

sanção pelo magistrado, cabendo lembrar que tal balizamento não é ato discricionário e precisa considerar todos os elementos acima elencados¹⁶⁰.

Contudo, convém lembrar que tais aspectos não são os únicos a ser considerados quando se faz necessário arbitrar a astreinte. Embora não haja nenhuma disposição legal nesse sentido, a própria finalidade da multa (forçar o cumprimento da obrigação), e as experiências práticas, levaram à constatação de que um dos principais pontos a ser considerado pelo juiz ao fixar a astreinte está relacionado à capacidade econômica do obrigado, isto porque a multa precisa ser suficiente para persuadi-lo, agindo em sua esfera de convencimento, o que não ocorrerá se para aquele determinado executado o valor for insignificante ou inexpressivo¹⁶¹.

E é exatamente por não se poder correr o risco da astreinte não possuir carga coercitiva adequada para cumprir a sua função, mormente em casos envolvendo direitos não patrimoniais¹⁶², que a referida multa não possui, e nem pode possuir um limite final, como sugerem alguns doutrinadores que, insistindo nas discussões existentes antes da reforma legislativa, defendem que aquelas deveriam ser limitadas ao valor da obrigação¹⁶³. Todavia, *“atualmente, em face do art. 461 do CPC, não há mais qualquer dúvida acerca da possibilidade da multa exceder ao valor da prestação. Tal norma, na verdade, estando completamente atrelada à ideia de que a tutela específica é imprescindível para a*

¹⁶⁰ “A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário – ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos, prévios e abstratos para sua definição (v. cap. 16). O julgador há de estabelecê-los levando em conta as duas balizas, “suficiência” e “compatibilidade”, e sempre com preciso exame do caso concreto. Será revisável pelo grau de jurisdição superior a multa fixada em valor tanto “insuficiente” para induzir o réu quanto excessivo – caso em que será “incompatível” e ofensiva ao princípio do menor sacrifício”. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 243)

¹⁶¹ “Ora, a multa para convencer o réu a adimplir, deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz. (...) Na fixação do valor da multa, é importante considerar a capacidade econômica do demandado. (...) O juiz ao considerar a capacidade econômica do réu, não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo o que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 175/176). Vide também OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 153.

¹⁶² “Além disso, tratando-se de direitos não patrimoniais, ou de direitos que dificilmente podem ser reduzidos à pecúnia, não há como não se dar ao juiz o poder necessário para fixar o valor da multa de modo que ele atinja, no caso concreto, os fins a que se destina.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 175)

¹⁶³ “Há quem entenda que o valor da multa deve ter como limite o valor da obrigação, sendo utilizado como paradigma o art. 412 do Código Civil (...) No entanto, consideramos que o pensamento supramencionado não se sustenta. Como já dito, a multa do art. 461 tem natureza coercitiva e independe da vontade das partes; razão pela qual ela não se aplica ao limite previsto no art. 412 do Código Civil (vez que essa norma depende da vontade das partes e tem natureza dispositiva).” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 159)

*realização completa do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, não faz limitação ao valor da multa.*¹⁶⁴»

Limitar o valor da astreinte ao valor da obrigação por vezes retiraria o seu caráter coercitivo (quando este não for passível de mensuração, ou for irrisório por exemplo, de forma a compensar ao executado o descumprimento da medida¹⁶⁵) e, na melhor das hipóteses, seria equivalente a admitir-se que (por mais que autorizada doutrina sustente o contrário) o Estado somente resguarda ao jurisdicionado o direito de se ver ressarcido em perdas e danos, ou seja, de obter o seu equivalente pecuniário. O estudo desta tutela inibitória, por suas próprias características e fundamentos, faz concluir, então, que o montante arbitrado deve ser considerável e relevante, capaz de compelir o demandado ao cumprimento da obrigação¹⁶⁶, ainda que sua soma, futuramente, venha a se tornar quantia vultosa, pois isso tão-somente irá ocorrer se por culpa e desídia do executado esse vier a permanecer por longo período inerte e descumprir sua obrigação¹⁶⁷.

No aspecto, já é entendimento consolidado no STJ que a astreinte pode atingir valores elevados por conta da recalcitrância injustificada dos executados, que contam com a sua redução ou com a ineficácia do Poder Judiciário, e, por isso, deixam de cumprir as decisões dele emanadas. Como destaca a Min. Nancy Andrighi, a multa irá (e deverá) se acumular até que o devedor se convença a cumprir o comando judicial, e não poderá ser

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 175. E ainda, “A lei faz referência a “suficiência” e “compatibilidade” da multa com a “obrigação” (art. 461, §4º), Tais parâmetros prestam-se não só a indicar as hipóteses de cabimento da multa, como ainda definem os seus limites quantitativos. Mas não se trata de limitação do valor da multa ao da “obrigação” nem ao dos danos derivados da violação – o que só se explicaria se aquela tivesse caráter indenizatório. A multa processual é inconfundível com cláusula penal contratualmente fixada (v. item 9.5.2), de modo que não lhe é aplicável o art. 920 do Código Civil. Esse já era o entendimento dominante (ao se tratar de execução das obrigações de fazer e de não fazer), antes da instituição do sistema do art. 461, e que continua a prevalecer.”(TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 242)

¹⁶⁵ “Ademais, por vezes, o valor da obrigação tem uma diminuta expressão patrimonial e a limitação da multa a esse valor corresponderia a afastar a efetividade da medida como instrumento de coerção, porque nesses casos, ao réu seria mais interessante pagar a multa do que cumprir o provimento jurisdicional emanado.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 159)

¹⁶⁶ “A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada em valor que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. Também, a priori ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPovm, 2009, v.5, p. 409)

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume 4. 3º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 537.

reduzida senão quando demonstrada a absoluta impossibilidade de ser cumprida a decisão, sob pena de descrédito do poder judiciário¹⁶⁸.

Todavia, há aqui que se fazer uma observação por demais pertinente, pois o objetivo da astreinte não é o de enriquecer o exequente às custas do executado, não podendo ela ser utilizada com esta finalidade. Consequentemente, há quem entenda caber à parte interessada, ante o descumprimento da ordem judicial, promover a execução imediata da multa, provocando o judiciário a modificá-la, a tomar outra medida de apoio em substituição para fazer cumprir a ordem, ou a convertê-la em perdas e danos, sob o risco de tornar-se a mesma inexigível por ter o exequente permanecido inerte (por longo período), quando se considerará, por assim dizer, que a multa perdeu sua finalidade coercitiva¹⁶⁹. Contudo, não obstante a indigitada linha de raciocínio possua muitos acertos, há que se ponderar se a mesma não levará ao resultado de tornar sempre vantajoso ao executado deixar de cumprir com a tutela específica (ignorando a astreinte), posto que ante a

¹⁶⁸ “No caso, a recorrente não alega qualquer impedimento excepcional para cumprir a obrigação fixada. Logo, reduzir as astreintes, nesta sede, indicaria às partes e jurisdicionados em geral que as multas fixadas para cumprimento de obrigações de fazer não são sérias, são meros símbolos que não serão necessariamente tornados realidade. A procrastinação ao cumprimento das ordens judiciais sempre poderia levar a crer que, caso o valor da multa se torne elevado, o inadimplemento poderá reduzi-lo no futuro, contando com a complacência do Poder Judiciário. Precedente citado: REsp 681.294-PR, DJe 18/1/2009. REsp 1.135.824-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/9/2010. (Informativo do STJ nº 0448, período: 20 a 24 de setembro de 2010).

¹⁶⁹ “A conclusão dos parágrafos anteriores, contudo, não pode levar ao entendimento de que o beneficiário da multa (o exequente) pode aguardar por tempo indefinido o início da cobrança dos valores que o favorecem. Pela natureza coercitiva da multa, ela tem que ser eficaz para o fim que justifica a sua existência. O magistrado, por exemplo, determina que o réu faça ou deixe de fazer algo imediatamente. Fixa, no caso de descumprimento, a multa de R\$ 500,00 por dia. Passados alguns dias (cuja precisão sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto), e não verificado o cumprimento da ordem judicial, o autor deverá requerer ao juiz, e ele poderá atuar nesse sentido oficiosamente, que tome alguma outra providência visando àquele desiderato, inclusive (e como expressamente garante o §6º do art. 461) aumentando o valor da multa ou alterando a sua periodicidade. Deve ser rechaçado o entendimento de que o autor pode aguardar alguns meses, quiza anos, diante da inércia do executado e, passado aquele longo período de tempo, pretender “cobrar” a multa que era exigível desde então. A natureza jurídica da multa não pode conduzir a uma tal interpretação que, em última análise, levará o exequente a enriquecer-se indevidamente. A multa tem de atender à sua finalidade, que é a de obter, do próprio executado, um específico comportamento ou uma abstenção. Nunca e de forma nenhuma servir como baliza para fixar perdas e danos ou, mais amplamente, assumir qualquer sentido indenizatório em prol do exequente. (...) Assim, de forma bem direta, a multa é arbitrada com a expectativa de que seja suficiente para obter do executado o fazer ou o não fazer desejado pelo exequente. Na exata medida em que ela não tenha o condão de levar àquele resultado (ou próximo a ele: “tutela específica” ou “resultado prático equivalente”, respectivamente), não há motivo para entender que a multa incida indeterminadamente. O caso é de adoção de outras medidas de apoio em substituição à multa (v. n. 4, supra) e, se for o caso, de conversão de obrigação em perdas e danos. Até mesmo, não há como descartar, que o executado seja sancionado pela multa do parágrafo único do art. 14, mas, neste caso, a necessidade de observância do regime jurídico daquela multa, inclusive a tarifação constante do dispositivo da lei processual civil. O que deve ser evitado, é que a demora na obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente por ato executado ou, até mesmo do próprio exequente, renda ensejo a uma deformação da finalidade da multa do art. 461 e dos seus §§4º a §6º : ou ela serve para o cumprimento da obrigação tal qual ajustada no plano material, quando menos ao resultado prático equivalente, ou ela, a multa, deve ser substituída por outra medida de apoio. Neste caso, justamente porque substituída, ela não subsiste e, por isto, não pode ser cobrada pelo exequente.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Executiva*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 3. 2012. p. 478/479)

frustração da medida esta será substituída por outra considerada “adequada”, liberando o executado da multa.

Mesmo porque, embora o renomado doutrinador acima citado pondere que a multa deve ser desde logo exigível, e que não agindo assim o credor deverá arcar com os riscos de sua desídia (da medida ser considerada ineficaz e inexigível em vista da perda de sua finalidade), existem ainda doutrinadores de nomeada que insistem ser a referida sanção apenas exequível após o trânsito em julgado da decisão que julga o mérito discutido nos autos. Por tais motivos, diante do vácuo legislativo a respeito, não pode o exequente mais cauteloso e paciente, que aguarda por mais tempo o cumprimento da obrigação pelo devedor ser prejudicado. Mesmo porque, há que se lembrar que a execução provisória (como o próprio nome já diz) é uma faculdade do credor, pois corre por sua conta e risco, podendo o mesmo não querer (ou não ter condições) de suportar os danos de uma eventual modificação de decisão no processo.

Cabe ao judiciário (frente à manifestação das partes, ou não), por meio de seus magistrados (uma vez que a multa pode ser arbitrada *ex officio*), ficar atento aos casos em que a astreinte tenha perdido a sua função por não mais poder cumprir-se a obrigação, ou por ter se tornado excessiva. Enfim, sempre que a mesma tornar-se ineficaz (não cumprindo com seu objetivo) o juiz pode e deve readequá-la, adotar outra medida de sub-rogação, ou, se for o caso, determinar a conversão da obrigação em perdas e danos, impedindo assim que atinja valores astronômicos, quando de fato perceber que não haverá o cumprimento da tutela específica e o processo acabará em execução pecuniária. E, ainda nesses casos, mesmo que se defira a substituição da medida, ou a conversão da obrigação em perdas e danos, a astreinte continuará a ser exigível pelo lapso em que correu, ou seja, a substituição da medida não impede a cobrança da multa vencida (corrida)¹⁷⁰, a qual será sempre devida pelo prazo em que era possível o cumprimento da obrigação (desde seu termo inicial até seu termo final), sob pena de, como já exposto, cair no descrédito e perder sua função e eficácia social.

Já no que tange à periodicidade da multa em questão, não obstante, em um primeiro momento, se tenha a impressão de que o legislador fixou o critério diário como

¹⁷⁰ “É claro que não se trata, aqui, de desistência do crédito eventualmente gerado pela incidência da multa até o momento da referida opção. Não seria crível sustentar que a opção por meios de sub-rogação determinaria a extinção do referido crédito. Prova disso está na admissão, por Araken de Assis, da liquidação paulatina da pena, a fim de executar a quantia somada. Nesse caso, não se sabe ao certo se irá o credor optar, futuramente, por outro meio executório. Da mesma forma, a opção pela execução das perdas e danos não implica em desistência do crédito resultante das astreintes, mas tão-somente em cessação da incidência dessas últimas.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 149)

única possibilidade, em vista da redação do § 4º do art. 461 (por fazer uso do termo “multa diária”), verifica-se que, na realidade, não foi a intenção do legislador limitar o critério de periodicidade da multa ao dia, tanto que, linhas à frente, nos §§ 5º e 6º¹⁷¹ do mesmo dispositivo, estabelece-se que o magistrado poderá impor multa por “tempo de atraso”, bem como “modificar sua periodicidade”¹⁷². Por conseguinte, a questão da definição da grandeza (unidade) temporal de incidência da multa (se por hora, por dia, por semana, mês, ou apenas uma vez), vai depender da natureza do direito que se pretende resguardar (se a obrigação é de fazer, ou de não fazer¹⁷³, se sua violação se exaure em um único momento¹⁷⁴), bem como de diversos outros fatores relacionados ao caso concreto, os quais, como dito, fica a cargo do juiz da causa ponderar e decidir¹⁷⁵.

É consenso da maioria (pelo que prevê a própria lei - §6º, do art. 461 do CPC) que o valor ou a periodicidade da multa diária pode ser modificado (para mais ou para menos) de ofício, pelo juiz, ou a requerimento da parte, sempre que se verifique que a mesma se tornou insuficiente ou excessiva, o que pode ser realizado a qualquer tempo, mesmo na

¹⁷¹ Art. 461, § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

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

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Executiva*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 3. 2012. p. 475/476. E ainda “A interpretação literal dos dispositivos legais leva a uma resposta negativa, ante a clareza dos artigos. No entanto, com fundamento em uma interpretação sistemática e principiológica, lembrando que o objetivo da medida é a coerção do devedor (executado) ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, deve ser prestigiada a interpretação que autoriza o juiz a estipular prazo diverso do diário para a multa no momento em que a fixa (ex.: semanal, mensal, em horas, etc.). É importante ressaltar que o juiz, à luz do caso concreto, tem melhores condições de aferir a pertinência da periodicidade da multa ser diária ou não, o que reforça a necessidade de tal interpretação ser prestigiada.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 151/152).

¹⁷³ “Como é óbvio, o legislador brasileiro, ao tratar da multa, não desejou proibir a tutela que tem por fim impedir a repetição do ilícito, como é o caso da tutela que objetiva impedir que uma notícia lesiva à honra de uma determinada pessoa volte a ser divulgada. De modo que a alusão à multa diária, presente nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não impede que a multa seja empregada de outra forma, pois o que deve servir de parâmetro para a fixação da multa capaz de permitir a efetiva “tutela das obrigações de fazer e não fazer” são as características do próprio caso concreto apresentado ao juiz.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 178) E também, OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 152.

¹⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 236.

¹⁷⁵ “Apesar de ser muito comum a utilização da multa diária, deve ver que a periodicidade de sua incidência nem sempre será essa. Pode ser. Mas a multa também pode ser horária, semanal, mensal, anual, ou até mesmo fixa. O caso concreto é que vai dizer.” (DIDIER, JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JUS PODIVM, 2009, v.5, p. 445) .

fase executiva, pois trata-se de uma medida ligada à efetividade da multa¹⁷⁶. Cabe ao magistrado na análise do caso concreto verificar se a multa fixada *per si* está cumprindo sua função e, se assim não for, poderá adequá-la, seja através da modificação de sua periodicidade, seja majorando-a ou minorando-a, caso esta tenha sido insuficiente ou tenha se tornado excessiva. A modificação do valor ou periodicidade da astreinte impende, então, de mudança no quadro fático que envolve o caso concreto¹⁷⁷.

Nesse contexto, há quem sugira que a fixação da multa pode se dar, também, de forma progressiva (como ocorre no direito português e argentino), pois a resistência do obrigado seria um claro fator a demonstrar a ineficácia da medida adotada¹⁷⁸. Em resumo, ao se tratar da fixação da astreinte inexistem limites frente à sua finalidade coercitiva, pois tem-se “*que se estabelecer montante que concretamente influa na vontade e no comportamento do demandado, levando-se em consideração a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, as vantagens que ele possa auferir com o descumprimento da obrigação e, ainda, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos.*”¹⁷⁹ No mesmo contexto, e por tais razões, consoante estabeleceu o legislador (§6º, do art. 461 do CPC) é que a mesma também pode ser alterada a qualquer tempo, em valor ou periodicidade, de ofício ou a requerimento da parte, sempre com vistas a cumprir com seu objetivo intrínseco (assegurar a garantia/cumprimento da tutela específica).

Considerando-se tais premissas, a questão que surge é a respeito dos efeitos dessa decisão que modifica a multa arbitrada, bem como de suas consequências (conforme será analisado no tópico a seguir), posto que a aplicação do § 6º do art. 461 do CPC,

¹⁷⁶ Sobre a possibilidade de modificação da periodicidade da multa elucida com precisão AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 153/161 e conclui às fls. 162 “Não há dúvidas quanto à possibilidade de alteração do valor da multa, bem como de seu periodicidade, durante a sua incidência.”

¹⁷⁷ “Obviamente, também essa atividade não fica subordinada ao mero arbítrio do juiz (sendo, por igual, controlável mediante recurso). A modificação do valor terá de estar fundamentada na mudança dos fatos que haviam ensejado sua definição originária. Por exemplo, o cumprimento de uma parte do comando judicial poderá ensejar a sua diminuição. Da mesma forma, a persistência do demandado ao descumprir-lo é elemento fático bastante para autorizar o seu aumento (não se exaurem nesses dois exemplos, evidentemente, as hipóteses de eventos autorizadores da alteração do valor da multa).” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 244)

¹⁷⁸ “Dada a finalidade de multa e a possibilidade – que é inerente a sua utilização – de o devedor resistir à pressão que ela tem por fim exercer, é até mesmo aconselhável que o juiz fixe uma multa que aumente progressivamente com o passar do tempo. O fluir do tempo sem o adimplemento do réu evidencia a sua capacidade de resistência, e se o objetivo da multa é justamente quebrar esse poder de resistir, nada mais natural do que a sua fixação em caráter progressivo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 177) E, nesse mesmo sentido TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 244

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 154

indistintamente, pode criar, além de uma série de contrassensos e incoerências dentro do próprio ordenamento jurídico (contrariando suas premissas mais básicas), notável insegurança jurídica, retirando do referido instituto sua característica mais importante (qual seja, seu poder coercitivo) por levar a crer que sempre que a indigitada sanção tornar-se vultosa haverá a possibilidade de sua redução.

4.1 – Dos efeitos da decisão que modifica o valor e a periodicidade da astreinte

A teor do § 6º, do art. 461, do CPC, a possibilidade de modificar-se o valor e a periodicidade da astreinte é inegável, pois assim quis o legislador, haja vista que, diante de sua função, tem que ser possível a sua alteração a qualquer tempo, a fim de que se possa adequá-la ao caso concreto e ao contexto fático, tornando-a instrumento capaz de agir na vontade do devedor. Por corolário, a título de exemplo, se a multa foi arbitrada em R\$ 1.000,00 por dia de atraso, tendo decorrido 10 dias, e percebendo o magistrado que a mesma está sendo excessiva, ou ineficaz, pode determinar a modificação de seu valor (respectivamente para R\$ 500,00 e R\$ 2.000,00 – ou quaisquer outros valores que considerar aplicáveis ao caso), bem como a modificação de sua periodicidade (para que esta passe a incidir por hora, por semana, etc.), cuja adequação mencionada pode ocorrer até mesmo em se tratando de fase executiva, isto é, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que a fixou¹⁸⁰.

Para a análise da questão, deve se observar que o legislador não estabeleceu nenhum critério temporal ou procedimental para possibilitar a alteração do valor e da periodicidade da astreinte, pois sabia, conforme se observa na prática, que haveriam situações diversas em que esta deveria ser modificada (não podendo se restringir tal prática, sob o risco de tornar a medida obsoleta). Isto porque, há casos em que, mesmo

¹⁸⁰ “Também como consequência dos motivos que conduziram à quebra do princípio da tipicidade das formas executivas, da separação entre processo de conhecimento e processo de execução e da regra da congruência, conferiu-se ao juiz o poder de, na fase de execução, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa e alterar a própria modalidade executiva determinada na sentença. O novo § 6º do art. 461 do CPC é expresso no sentido de que o juiz pode modificar o valor ou a periodicidade da multa, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva. Essa modificação deve ser associada à necessidade de dar efetividade à tutela, a qual, evidentemente depende da fase executiva. Daí não existe qualquer motivo para estranhar a possibilidade de alteração da multa na fase executiva, isto é, depois do trânsito em julgado da sentença que a fixou.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, pag. 137/138)

após o trânsito em julgado, a tutela específica não foi ainda cumprida (possibilitando a alteração da multa em curso, na fase executiva), e casos nos quais a astreinte é executada provisoriamente, podendo dar-se a sua modificação no decorrer daquela. Enfim, diante dos exemplos citados, verifica-se que não é a fase do processo que determina, ou não, a possibilidade de modificação da astreinte.

Nessa senda, do que se tem, como dito, verifica-se que a multa arbitrada pode ser sempre modificada, a qualquer momento, enquanto estiver em curso. Ou seja, seu valor e periodicidade podem ser majorados ou minorados a qualquer tempo, podendo ser até mesmo determinada a sua cessação em vista da perda de seu objeto. A discussão, contudo, trava-se no contexto da multa corrida, daquela que já incidiu, ou seja, que já foi aplicada. No exemplo acima citado, então, o valor da multa diária de R\$ 1.000,00 poderia ser alterado, a qualquer tempo, todavia, a multa cumulada pelos 10 (dez) primeiros dias, que já perfaziam o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem ser respeitadas e tornam-se exigíveis pela parte credora, integrando a esfera de seus direitos, não podendo mais ser alterada, salvo se interposto recurso contra a decisão que a estabeleceu ou em casos excepcionais, nos quais se comprove cabalmente que o cumprimento da obrigação específica sempre foi (ou tornou-se) impossível.

A fim de defender a impossibilidade de alteração do valor da multa já aplicada, Fernando Sá, em artigo publicado na revista de processo, propõe uma distinção diferenciando a multa corrida (a qual chama de montante) e o valor da multa estabelecido pelo juiz (a qual nomina de multa diária), sugerindo, assim, em conclusão, que tais conceitos referem-se a termos distintos que não se pode confundir, e que, portanto, o legislador não tratou de “montante” quando se referiu à possibilidade de alteração do valor da astreinte, mas sim de “multa diária”, concluindo assim que somente esta última seria modificável, ao passo que o valor acumulado no tempo corrido seria imutável, incorporando-se ao direito do credor¹⁸¹.

¹⁸¹ E conclui dizendo: “Não encontro no texto normativo do art. 461 e parágrafos (especialmente o do § 6º do CPC) permissão legislativa para que o juiz reduza o resultado da multa cominada pelos dias de desobediência, não importa o grau de jurisdição, embora haja permissão no que respeita à multa propriamente dita.” (SÁ, Fernando. *Multa Cominatória. Montante ou multa diária, qual pode ter seu valor modificado para mais ou para menos?*. RePro. , ano 36, nº 200 – Out/2011, p. 423). Fazendo uso, também, da distinção do termo valor, diferenciando o “valor unitário” da astreinte do “crédito resultante de sua incidência” (montante), posiciona-se Teori Zavascki, defendendo, entretanto, a possibilidade de alteração *ex tunc*, desse valor unitário, a qual, portanto, culmina na redução do montante in ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.8, p.507;

Com efeito, não obstante vá se chegar talvez a idêntica conclusão, na realidade a distinção não está no termo “valor” da multa empregado pelo legislador (mesmo porque, de fato, o valor da multa é um só - ou seja, aquela quantia arbitrada por descumprimento de uma obrigação em determinada unidade de tempo estabelecida pelo juiz -, e não se confunde com o montante que a multa vier a atingir por sua cumulação), que seria referente exclusivamente ao que ele diferencia como “multa diária” (ou seja, aquela unidade monetária fixada por tempo de descumprimento), pois, se assim for, ao sustentar que esse “valor” também pode ser reduzido a qualquer tempo, chega-se ao mesmo resultado (indesejado) de se permitir (ao final) a redução do montante como um todo, quando, no exemplo citado, ao invés de se determinar a modificação de todo o montante de R\$ 10.000,00 para R\$ 10,00, estabelecer-se-ia que a multa corrida que era de R\$ 1.000,00 por dia passou a ser de R\$ 1,00 por dia de atraso pelo tempo em que correu.

A solução da questão, destarte, não está em querer se interpretar o que o legislador quis dizer quando usou a aplicação do termo “valor” na formulação do dispositivo, mesmo porque, ele quis dizer exatamente o que disse. Apesar do valor da multa (unidade monetária fixada por tempo de descumprimento) e o montante (soma da multa arbitrada pelo prazo de descumprimento) alcançado pela astreinte serem, de fato, coisas diferentes, com a modificação do valor da multa pode-se, do mesmo modo, alterar o montante já acumulado caso se entenda que essa decisão possui efeitos retroativos, incidindo o novo valor também pelos dias já corridos. É por demais rasa, por corolário, para não dizer pobre, manter a aludida discussão no âmbito do significado do termo “valor” usado (no artigo) pelo legislador para tentar justificar a impossibilidade de modificação da multa corrida. O dispositivo em comento não pode ser analisado de maneira simplória, isoladamente, e aplicado indiscriminadamente, devendo ser visto à luz de todo um ordenamento jurídico vigente que possui normas e princípios que o norteiam e não podem ser esquecidos.

A dúvida em questão, na realidade, deve verter a respeito dos efeitos da decisão que altera o valor ou a periodicidade da sanção. Ou seja, indagar se tal decisão teria o condão de mudar aqueles valores já consolidados pelo decurso do tempo, reduzindo, por exemplo, o montante total de todo o período transcorrido (com decisão transitada em julgado) até a decisão que modificou o valor da multa (efeitos *ex tunc*), ou se esta modificação, conforme o entendimento aqui defendido, apenas poderia incidir a partir da publicação desta nova ordem (efeitos *ex nunc*).

A questão encontra-se longe de ser pacificada, tendo o STJ¹⁸² e os demais Tribunais do país, durante os últimos anos, reduzido drasticamente as multas aplicadas por descumprimento de decisão judicial, pautando-se nos princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”, por entender que as mesmas teriam alcançado valores exorbitantes que levariam o credor ao enriquecimento ilícito, havendo ainda decisões no sentido de que o valor da astreinte não poderia ultrapassar o valor da obrigação¹⁸³. Não obstante o referido entendimento¹⁸⁴, não se pode olvidar da natureza da referida multa, que é uma medida

¹⁸²Nesse sentido, entendendo pela possibilidade de modificação da multa a qualquer tempo: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE OBSTA RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA. PROPÓSITO INFRINGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. EXECUÇÃO DE MULTA DIÁRIA. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO E LIMITAÇÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. I. É possível a redução das astreintes, sem importar em ofensa à coisa julgada, fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade ou quando se tornar exorbitante, limitando-se o total devido a tal título, para evitar o enriquecimento ilícito. II. O objetivo das astreintes é o cumprimento do decisum e não o enriquecimento da parte. III. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, sendo negado provimento a este.” (AgRg no Ag 1.257.122/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe de 17.9.2010)

“RECURSO ESPECIAL - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - ASTREINTE - CABIMENTO - VALOR - EXCESSIVIDADE - ALTERAÇÃO DO VALOR DA MULTA DIÁRIA - VIABILIDADE - AUSÊNCIA DE COISA JULGADA - PRECEDENTES - ENRIQUECIMENTO IMOTIVADO - VEDAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 461, § 6º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Não há vedação para que se imponha multa diária mesmo nos casos de obrigação de não-fazer. Pelo contrário, a redação do “caput” do art. 461 do Código de Processo Civil é alternativa. Quer dizer, a multa cominatória é aplicável nas obrigações de fazer ou não-fazer. II - A multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada. Precedentes. III - A redação dada ao § 6º do art. 461 do Código de Processo Civil permite, ao magistrado, a redução do valor das astreintes, nos casos de exorbitância, sob pena de enriquecimento ilícito. Verificação in casu. IV - Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1.085.633/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe de 17.12.2010)

¹⁸³“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 461, § 4º, DO CPC. VALOR TOTAL. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em princípio, o valor das astreintes não pode ser revisto em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula 7/STJ. Contudo, em situações excepcionais, nas quais o exagero na fixação configura desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a jurisprudência deste Tribunal afasta a vedação da Súmula 7/STJ para reduzir e adequar a multa diária. 2. No caso, o valor da multa, por si só, não se mostra elevado, ante a capacidade de solvência do agravado, sendo, ao mesmo tempo, o suficiente a compeli-lo a manter-se obediente à ordem judicial. 3. Todavia, cabe fixar um teto máximo para a cobrança da multa, pois o total devido a esse título não deve distanciar-se do valor da obrigação principal. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no Ag 1220010, 4.ª Turma, Rel. Ministra Luis Felipe Salomão, Dje de 01/02/2012)

“CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTE. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa. II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.” (STJ, REsp nº 947.466, 4.ª Turma, Rel. Ministro Adir Passarinho Junior, Dje de 17/09/2009)

¹⁸⁴ Em defesa da possibilidade da redução *ex tunc* da astreinte: AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 268/271; TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer*.

puramente coercitiva, razão pela qual a limitação de seu valor, bem como reduções consideráveis sobre os valores já consolidados no tempo em virtude do descumprimento contumaz das obrigações, dão azo não só ao descrédito do Poder Judiciário, como retiram da multa sua força intimidatória e persuasiva, incentivando o descumprimento contumaz das decisões.

Para um melhor entendimento a respeito do tema, faz-se necessário diferenciar se estamos tratando de prestações vencidas ou vincendas. Diante de prestações vencidas há que se ponderar os princípios do direito adquirido e da segurança jurídica, mormente se a modificação da multa se der após o trânsito em julgado da decisão que concedeu a multa no curso do processo de conhecimento. Em situações como esta há quem se posicione pela impossibilidade do juiz alterar o valor das multas vencidas e não pagas¹⁸⁵, quando então os efeitos da decisão que modifica o valor da multa serão sempre *ex nunc*¹⁸⁶ (a qual, portanto, só terá alguma valia caso a obrigação ainda se encontre descumprida, podendo modificar-se a multa vincenda). E na mesma esteira ministra Alexandre Freitas sobre a impossibilidade de se reduzir a multa aplicada e já vencida, sob pena de violação ao direito adquirido da parte (art. 5º, inc. XXXVI, CF):

“Aceitar que o juiz tenha o poder de reduzir *ex nunc* o valor de uma multa que – legitimamente – já está vencida e, com isso, reduzir o *quantum debeatur*, diminuindo os contornos do direito do credor é dar ao Estado-juiz um poder de que nem o Constituinte Reformador dispõe. Seria, em outras palavras, considerar que o juiz pode, por

CPC, art. 461; *CDC*, art. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 245; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2004, p. 519/520 e OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 157

¹⁸⁵“Caso, no entanto, a multa seja fixada em sentença transitada em julgado, não poderá o juiz, no curso da execução de tal sentença, alterar as multas vencidas e não pagas. Isso porque a decisão judicial, embora respeitante a uma medida executiva coercitiva, transitou em julgado e não poderão ser modificados os valores que já venceram. É que, considerando que as astreintes são devidas ao autor (cf. art. 461, § 2º, do CPC), as multas vencidas incorporam-se ao seu patrimônio. Assim, se o juiz, no curso da execução, diminui o montante da multa que venceu, estará violando a coisa julgada.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 526)

¹⁸⁶“Tem, pois, o credor direito adquirido a receber a multa que já venceu. E esse direito, por ser adquirido, não pode ser suprimido do patrimônio do credor. É certo que os direitos adquiridos não podem ser suprimidos, nem mesmo por emenda constitucional (...)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo*. ASSIS, Araken de...[et al] (coords). *Direito Civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT: 2008, p. 1.566) E ainda, nesse sentido, defendendo apenas, contudo, a impossibilidade de majoração da astreinte com efeitos *ex nunc*: AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 162

decisão, fazer o que não se consegue nem por emenda à Constituição.¹⁸⁷”

Não é à toa que se pontuou que a aplicação do § 6º, do art. 461, do CPC, deve ser analisada à luz de todo um sistema jurídico de há muito existente (há anos, inclusive, a partir da lei nº 10.444, de 7.5.2002, que introduziu o referido dispositivo no ordenamento), com vistas a evitar a violação da própria lógica sistêmica. Antes mesmo de se dar início a um estudo das normas propriamente ditas de direito material e processual que envolvem o ordenamento jurídico civil brasileiro, imperioso ponderar as diretrizes que as embasam, as quais se encontram previstas não só na Constituição Federal, como também na Lei de Introdução ao Código Civil. A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º¹⁸⁸ dispõe que serão sempre respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, sendo que, na sequência, seus parágrafos tratam de elucidar o significado de cada um dos termos empregados no *caput* (cujo cabeçalho foi reproduzido em iguais termos pela CF/88 – Art.5º, XXXVI¹⁸⁹).

Em resumo, o ato jurídico perfeito¹⁹⁰, o direito adquirido¹⁹¹ e a coisa julgada¹⁹², são os pilares que asseguram a segurança jurídica do ordenamento, ao quais visam conferir às partes certeza jurídica sobre a situação em litígio, atribuindo estabilidade e credibilidade à decisão judicial e aos direitos por ela afirmados. Aproximando tais princípios da realidade ora estudada, nota-se que o *decisum* que fixa a astreinte não pode ser revisável a qualquer

¹⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo*. ASSIS, Araken de...[et al] (coords). Direito Civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, São Paulo, RT: 2008, p. 1.566

¹⁸⁸ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

¹⁸⁹ Art. 5º, XXXVI, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada.

¹⁹⁰ “Ato jurídico perfeito é o já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido.” (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208/209).

¹⁹¹ “O direito adquirido é aquele cujo exercício está inteiramente ligado ao arbítrio de seu titular ou de alguém que o represente, efetivado sob a égide da lei vigente no local ao tempo do ato idôneo a produzi-lo, sendo uma consequência, ainda que pendente, daquele ato, tendo utilidade concreta ao seu titular, uma vez que se verificam os seus requisitos legais para a sua configuração.” (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 213).

¹⁹² “A coisa julgada, ou caso julgado, é uma qualidade dos efeitos do julgamento. É o fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, posta ao abrigo dos recursos, então, definitivamente preclusos, e dos efeitos por ela produzidos porque os consolida, privilegiando a segurança jurídica dos litigantes.” (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217/218).

tempo após o decurso dos prazos dos recursos cabíveis e adequados para atacá-lo, permitindo-se a alteração de situações e atos passados que já se consolidaram no tempo¹⁹³, pois, assim sendo, o conteúdo de sua decisão seria sempre desacreditado, duvidoso e não confiável, posto ser imprescindível conferir certa carga de confiabilidade e autoridade à decisão que fixou a multa, sob o risco de afronta direta e incontestemente às bases do próprio ordenamento.

O ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não podem ser ignorados, e devem ser respeitados como alicerces do sistema jurídico. “*A res judicata é um princípio jurídico-positivo (CF/88, Art. 5º, XXXVI, LICC, Art. 6º, § 3º) que demonstra o fato de ser a decisão judicial uma norma individual, cuja validade não poderá ser abolida por uma norma derogante nem por outra sentença judicial (CPC, art. 471), podendo ser apenas desconstituída mediante ação rescisória interposta dentro do biênio decadencial, desde que configurada uma das causas legais arroladas taxativamente no Código de Processo Civil, art. 485.*”¹⁹⁴ Desta forma, a decisão que fixa a astreinte deve ser respeitada, no mínimo, no tocante aos efeitos que já surtiu, caso contrário estará infringindo os princípios basilares do direito que deram azo aos comandos processuais incertos nos artigos 471, 473 e 475-G do CPC, que estabelecem normas com objetivo de trazer estabilidade e imutabilidade às decisões já proferidas.

Desta feita, a decisão que estabelece a astreinte será sempre modificável (como qualquer outra decisão judicial) enquanto ainda encontrar-se aberto prazo para a interposição de recurso contra si, o qual deve ser manejado pela parte interessada, podendo ser a questão levada até as cortes superiores de nosso país, sem prejuízo da possibilidade de execução provisória da multa já corrida (vencida), que se dará nos moldes já explicitados. Deixando a parte interessada de manejar o recurso cabível, ou esgotando-se todas as possibilidades, em virtude da função da medida coercitiva, quando essa multa se tornar insuficiente, exorbitante ou ineficaz, pode o magistrado (mesmo na fase executiva) alterá-la, ou extingui-la; ocorre, apenas, que os efeitos dessa decisão que modifica a astreinte, caso esta venha a ser prolatada neste contexto (qual seja, em se tratando de nova

¹⁹³ “todas as demais decisões in medium litis, favoráveis ao autor, sobre questões de mérito, em face do direito brasileiro, não só precluem, como adquirem a autoridade de coisa julgada, pois que produzem efeito além do processo.” (LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 169)

¹⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

decisão prolatada após a preclusão ou o trânsito em julgado daquele primeiro *decisum*, ou de nova decisão tomada no curso de eventual execução provisória, que não esteja relacionada ao julgamento do eventual recurso interposto contra aquela primeira decisão que concedeu a multa), não pode retroagir e alterar o valor da multa já corrida, ou seja, o montante já atingido pela cumulação da astreinte no tempo em que vigeu.

A única decisão que possui respaldo e fundamento jurídico para modificar (retroativamente) o valor da multa já corrida, é aquela oriunda do julgamento do recurso interposto contra essa decisão e com tal objetivo, pois essa decisão ainda se encontra *sub judice*, consoante determina a lei e a lógica jurídica. Interpretações em sentido oposto, devem ser consideradas aberrações jurídicas, principalmente quando confrontadas com as normas processuais, criadas a exegese dos artigos 471¹⁹⁵, 473¹⁹⁶, e 475-G¹⁹⁷ do CPC. Por meio de tais dispositivos o código processual resguarda que questões superadas e soberanamente decididas (inclusive exaustivamente debatidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa), como é o caso das decisões já preclusas que fixaram a astreinte (contra as quais não cabem mais recursos), não podem ser rediscutidas, ou modificadas, pois vinculam tanto o juiz quanto as partes no tocante à matéria que teve por objeto, mesmo em se tratando de questão incidental¹⁹⁸.

E, quanto ao tema, cumpre esclarecer que, mesmo quanto àquelas matérias que são consideradas de ordem pública, também se opera o fenômeno da preclusão “*pro judicato*”, não sendo juridicamente aceitáveis justificativas como os princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade” para respaldar a concessão de efeitos *ex tunc* à esta decisão, com a redução do valor da astreinte que havia corrido e se acumulado no tempo por inércia única e exclusiva do devedor. Isto porque, apesar de, em um primeiro momento, estas matérias poderem ser analisadas a qualquer tempo, isto apenas pode se dar quando a matéria ainda não tiver sido efetivamente ‘questionada’ e ‘decidida’ no processo,

¹⁹⁵ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (...)

¹⁹⁶ Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

¹⁹⁷ Art. 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

¹⁹⁸ “quando determinada decisão incidental resta irrecorrida, sobre ela recai uma preclusão, que nada mais é do que um fenômeno de caráter limitativo, tanto para as partes quanto para o juiz: as primeiras ficam impedidas de suscitar de novo a questão decidida e o segundo fica obstado de redecidi-la. Esse enunciado é irremediavelmente impregnado do senso comum.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, ano 2008, p. 181). E ainda: “Como pertence aos litigantes a disponibilidade do direito material, a ausência de recurso da decisão interlocutória de questão exclusiva dessa ordem importa renúncia tácita. Daí se justificar, no caso, a proibição de o juiz julgar novamente a mesma questão.” (LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, ano 1990, p. 167)

não em casos em que inclusive já houve o trânsito em julgado da decisão, nos quais a astreinte era válida e devida, cujo arbitramento partiu de ato juridicamente perfeito e plenamente eficaz. Destarte, quando determinada matéria (qualquer que seja ela) já foi enfrentada na lide, sendo objeto de expressa decisão judicial irrecorrida (ou não mais recorrível), não pode a mesma ser novamente ventilada, nem tampouco redecidida pelo magistrado, haja vista encontrar-se preclusa, com o que também concorda o posicionamento do des. Carlos Nunes¹⁹⁹.

Desta feita, para se agir em consonância com o próprio ordenamento vigente, e bem aplicar a letra e espírito do § 6º, do art. 461, do CPC, é preciso diferenciar a astreinte vencida (cuja questão já foi efetivamente decidida e encontra-se preclusa, já protegida pelo direito adquirido e coisa julgada, em vista do decurso do prazo de descumprimento da decisão, que levou à incidência da multa já corrida e cumulada) daquelas vincendas, acerca das quais pode o judiciário ainda se manifestar a respeito, em cumprimento ao referido dispositivo, ressaltando-se que, por tais motivos, os efeitos de eventual decisão nesta conjuntura serão sempre *ex nunc*. Quanto às primeiras (vencidas), deverá ser respeitada a última manifestação judicial a seu respeito (antes de sua preclusão ou de seu trânsito em julgado), sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Já quanto às últimas (vincendas), terá o julgador liberdade para apreciá-las e alterá-las a qualquer tempo.

¹⁹⁹ “Coisa julgada material. Título executivo judicial condenando os Executados/Agravados e reconhecendo os mesmos como devedores - Na execução de título judicial deve se cumprir o que restou fielmente reconhecido na sentença, não se abrindo margem para ampliação ou restrição, bem como não se admite discussão acerca da matéria já decidida, visto que operada a coisa julgada - DECISÃO QUE DEVE SER REFORMADA, EM OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA, VEDADA EM SEDE DE EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO. O título objeto da execução tornou-se executável ante o trânsito em julgado dos Embargos do Devedor opostos pelos agravados nos autos da ação de execução, o qual restou julgado improcedente, de modo que se pode afirmar que a empresa agravada constou expressamente como parte passiva da demanda. Não se ignora que, em se tratando de condições da ação, matéria de ordem pública, deverá o juiz conhecer da questão até mesmo de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. No entanto, apesar de ser possível alegar a ilegitimidade passiva em qualquer tempo e qualquer grau de jurisdição e, mais ainda, ser possível que o juiz conheça da questão de ofício, não é possível desconstituir, no processo de execução, a sentença proferida, após cognição, considerando a executada parte legítima na lide. Desse modo, a autorização legal para o reconhecimento de ofício pelo Juiz de matérias de condições da ação, como a legitimidade das partes, não é irrestrita, pois limitada enquanto não estiver encerrada a fase cognitiva. Essa a correta exegese do art. 267, § 3º, CPC. Assim, com o devido respeito, entendo que a discussão acerca da ilegitimidade passiva "ad causam" alegada, é matéria que deveria, de forma efetiva, ter sido discutida na fase de conhecimento. (...). Assim sendo, sob o manto da coisa julgada, tomada pelo título executivo judicial, na fase executória não há que se falar em modificação do que foi decidido, quando não houve alegação da parte, mesmo antes a oposição dos Embargos do Devedor, da matéria que pretendia suscitar.” (TJSP. Ag nº 0091300-63.2011.8.26.0000. 33ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Carlos Nunes. DOE: 25/07/2011); Vide também outros julgados na mesma linha: TJSP. Ap nº 0051117-55.2008.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Rocha de Souza. DOE: 24/11/2011; TJSP. Ag nº 613.909-4/8-00. 7ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Natan Zelinski de Arruda. DOE: 03/12/2008;

Nessa senda, com onímoda precisão, em artigo digno de nota, observa o professor da USP, Botelho de Mesquita, e outros. que deve ocorrer a preclusão de toda e qualquer matéria já discutida e efetivamente decidida nos autos, cuja decisão tenha restado irrecorrida²⁰⁰. Nesta mesma senda, posiciona-se, também, Humberto Theodoro Júnior²⁰¹ pela impossibilidade de se rediscutir questões incidentais já decididas no processo, diante da necessidade de que este caminhe para frente e deflagre certeza e segurança, impedindo-se, com isso, que permaneçam “em aberto” questões já superadas, dadas por encerradas tanto pelo magistrado como pelas próprias partes, evitando-se, assim, que se torne inócua e estéril a atividade jurisdicional devidamente praticada e exercida, mormente por conta da indiscutível função coercitiva da astreinte, que precisa transmitir intimidação e firmeza.

E o principal motivo do acerto de tal orientação, como bem observa Botelho de Mesquita, é tanto para prestigiar o princípio da segurança jurídica, da razoável duração do ‘processo’²⁰² (que, como o próprio nome diz, deve ‘andar sempre para frente’), como para evitar possível desordem processual no trâmite do feito, bem como um total sentimento de “anarquia” no sistema da astreinte. E por tais razões, o valor da multa, consoante tratado no

²⁰⁰ “Em suma, não interposto o recurso cabível, o mero fato de se tratar de questão de ordem pública não exclui a preclusão. Militam nesse sentido a distinção legal entre ‘conhecer matérias’ e ‘decidir questões’ e a conclusão lógica de que, se, de um modo geral, não devem as regras de direito processual ser interpretadas em sentido inverso ao que o termo ‘processo’ indica, muito menos o deveriam em tema de preclusão que, no dizer de Chiovenda, ‘tem por fim tornar possível o ordenado desenvolvimento do processo com a progressiva e definitiva eliminações de obstáculos.’ (MESQUITA, José Ignacio Botelho de...[et al]. *Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum?* ASSIS, Araken de...[et al] (coords). *Direito Civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT: 2008, p. 1.532)

²⁰¹ "Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem consequências semelhantes às da coisa julgada formal. Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo. Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (artigo 162, § 2o), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (artigo 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão. (...) Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez. Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável. justifica-se, pois, a preclusão pela aspiração de certeza e segurança que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de justiça pura ou absoluta." (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. I. 25ª edição. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 1998. Págs. 531/532)

²⁰² “Nesse sentido, o sistema preclusivo que extraímos do código de processo civil, relativo às matérias de ordem pública, está em harmonia com a ordem constitucional brasileira, uma vez que ela, ao exigir do processo uma duração razoável, veda interpretação que dê primazia a um processo maleável disposto a andar para trás. É que, como dito, o rejuízo de questões de ordem pública decididas e irrecorridas constitui poderoso fator de desordem processual, acarretando prejuízo à celeridade do feito e à segurança jurídica na medida em que deixa em aberto indefinidamente questões que tanto o juiz como as próprias partes já deram por encerradas.” (MESQUITA, José Ignacio Botelho de...[et al]. *Ibidem*, p. 1.529)

tópico 5, deve ser elevado o suficiente para fazê-la capaz de compelir a parte a cumprir a obrigação em que foi condenada, ou seja, o descumprimento da ordem judicial deve se tornar para o condenado desvantajoso em relação ao cumprimento da obrigação, ou o mesmo permanecerá inerte²⁰³. E nem se diga que o valor da multa poderá levar o credor ao enriquecimento ilícito, pois a multa somente incidirá frente à renitência injustificada do devedor, sendo a própria parte quem legitima o “enriquecimento” do credor, o qual não teria ocorrido se a decisão judicial tivesse sido observada, conforme elucida Alexandre Câmara com absoluta propriedade²⁰⁴.

Tal raciocínio, inclusive, segue a linha das mais recentes manifestações do STJ, que tem mudado seu entendimento acerca da impossibilidade de alteração da multa, quando tem se inadmitido a alteração do valor da multa em sede de execução já transitada em julgado, senão quando o devedor realmente demonstrar algum impedimento excepcional, sob pena de se inferir que as obrigações de fazer não são sérias e até mesmo desestimular os obrigados a cumprir os comandos jurisdicionais, na esperança de, no futuro, conseguirem reduzir o valor fixado, como assevera a Min. Nancy Andrichi²⁰⁵. E nem se

²⁰³“Indenização - "Astreinte" fixada para caso de descumprimento de decisão concessiva de antecipação de tutela contida em sentença - Execução - Impugnação - Inexistência de nulidades a serem reconhecidas - Pretensão de redução do valor da multa diária – (...) Circunstância que não recomenda, até o presente momento, a redução, tendo a multa sido, quiçá, insuficiente, para induzir a executada ao cumprimento da decisão – (...) Agravo não provido” (TJSP. Ag. Nº 1.240846-0/9. 28ª Câmara de Direito Privado. Desª. Relª. Silvia Rocha Gouvea. DJ 31/03/09)

“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. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, REsp 1022038/RJ, 3.ª Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Dje de 22/10/2009.)

²⁰⁴“Ora, no caso que aqui se examina um ponto é certo: o enriquecimento do credor que eventualmente ocorra não é sem causa. Trata-se de enriquecimento com causa. Afinal, o enriquecimento do credor aqui é causado pela demora do devedor em efetivar o comando contido na sentença judicial. O enriquecimento, então, é consequência de uma previsão contida em um provimento judicial. Há, assim, um meio válido, um adequado título jurídico, que fundamenta o enriquecimento. Inadmissível, portanto, que se lhe considere ilícito” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo*. ASSIS, Araken de....[et al] (coords). *Direito Civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT: 2008, p. 1.567)

²⁰⁵ Eis a íntegra da notícia, extraída de informativo do STJ: “Trata-se, na origem, de ação de indenização proposta pelo ora recorrido em razão de protesto indevido de título e consequente inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito. O ora recorrente fora condenado a retirar o protesto, bem como a indenizar o autor em 20 salários mínimos a título de dano moral. O juízo disponibilizou ao autor um ofício para que ele mesmo providenciasse a baixa dos apontamentos discutidos. Contudo, alegando ser pobre e ser alto o custo para tal providência, solicitou o autor que o réu solucionasse a questão. Assim, a princípio, o juízo fixou um

diga que o argumento metajurídico do “enriquecimento ilícito do credor” pode ser usado, com respaldo dos princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade” para embasar a concessão de efeitos *ex tunc* nas decisões que determinam a redução da astreinte já preclusa, haja vista que como sustenta Fernando de Sá²⁰⁶, tal justificativa carece de suporte legal e fere toda a lógica jurídica vigente.

Com efeito, as hipóteses juridicamente válidas em que a astreinte pode ser alterada retroativamente são em casos de procedência do recurso interposto contra a decisão que deferiu a medida (quando, portanto, está ainda encontra-se *sub judice*); casos de nulidade na decisão que concedeu a astreinte; ou casos em que reste cabalmente comprovado que a tutela específica (ou seu equivalente) era de fato (ou se tornou) impossível de ser cumprida; do contrário, a decisão que determina a modificação da astreinte terá sempre efeito *ex nunc*. No mais, a única exceção que poderia ser concebida sem afronta ao sistema jurídico vigente, para a redução da astreinte de forma diversa da acima explanada, seria por meio da aplicação da *supressio* (perda de uma situação jurídica de vantagem), com base no *duty to mitigate the loss*, balizada no princípio da boa-fé processual, em situações extremamente específicas nas quais se demonstre de maneira inequívoca que a inércia e omissão do credor transpassou *in totum* os limites do razoável, contribuindo de forma real e prática com o desobediência da decisão judicial pelo executado, com vistas a postergar (e até mesmo, de certa forma, inviabilizar) o cumprimento da tutela específica (a fim de

salário mínimo por dia de descumprimento a título de multa, que, posteriormente, foi majorada. Daí foi ajuizada uma execução pelo descumprimento da obrigação por determinado período, cujo valor era cerca de R\$ 27 mil recebidos pelo credor, ora recorrido. Mesmo diante da propositura daquela execução, a ordem não foi cumprida pelo ora recorrente, o que levou o juízo a majorar, outra vez, a multa para R\$ 1 mil por dia de descumprimento, vindo o recorrente a adimplir a obrigação poucos dias depois. Em consequência, foi proposta uma segunda execução para recolhimento da multa devida pelo período remanescente de descumprimento da ordem não abrangido pela primeira execução, cujo valor, na data do ajuizamento, era de quase R\$ 13 mil. Assim, a Turma negou provimento ao recurso, por entender, entre outras questões, que, mesmo diante de multas elevadas, se o único obstáculo ao cumprimento da ordem judicial foi o descaso do devedor, não se deve reduzir a multa, uma vez que a análise sobre o excesso dela não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando os fatos já consolidados no tempo, agora que a prestação foi cumprida, procura razoabilidade, quando há justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes. No caso, a recorrente não alega qualquer impedimento excepcional para cumprir a obrigação fixada. Logo, reduzir as astreintes, nesta sede, indicaria às partes e jurisdicionados em geral que as multas fixadas para cumprimento de obrigações de fazer não são sérias, são meros símbolos que não serão necessariamente tornados realidade. A procrastinação ao cumprimento das ordens judiciais sempre poderia levar a crer que, caso o valor da multa se torne elevado, o inadimplemento poderá reduzi-lo no futuro, contando com a complacência do Poder Judiciário. Precedente citado: REsp 681.294-PR, DJe 18/1/2009. REsp 1.135.824-MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 21/9/2010”

²⁰⁶ SÁ, Fernando. Multa Cominatória. *Montante ou multa diária, qual pode ter seu valor modificado para mais ou para menos?*. RePro. , ano 36, n° 200 – Out/2011, p. 419

possibilitar a cumulação da astreinte), conforme defendem Fredie Didier e outros²⁰⁷, posto que não pode o direito admitir e albergar atos de má-fé e conduta processual abusiva, admitindo-se, assim, a diminuição parcial da astreinte, a partir do momento em que restou configurado o abuso de direito do credor (ou seja, a perda da finalidade da multa).

Todavia, a aplicação da *supressio* (extraída do direito alemão) no direito pátrio, além de pouco difundida, não se trata ainda de medida expressa e abalizada em nosso sistema processual, sobre a qual, destarte, ainda pedem controvérsias, sendo de rigor esclarecer que, o que aqui se defende, é o seu emprego tão-somente em casos absolutamente excepcionais, em que, como dito, fique cabalmente evidente a contribuição dolosa do credor (ainda que omissiva) para a cumulação da multa²⁰⁸.

²⁰⁷ “Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (supressio), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um ilícito processual caducificante.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspvom, 2009. v.5, p. 460)

²⁰⁸ A exemplo do caso mencionado pela doutrina supra, em que o credor fez carga dos autos em 2002, devolvendo-os em 2007, juntamente com uma petição contendo pedido de execução da astreinte outrora arbitrada em valor de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais), in DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspvom, 2009. v.5, p. 457

CAPÍTULO V – Da destinação da astreinte

Atualmente, diferente do que ocorre em outros países (como na Alemanha onde a multa é revertida totalmente a favor do Estado; ou em Portugal onde é convertida em partes iguais entre o credor e o Estado), a astreinte no direito nacional converte-se exclusivamente a favor do credor da tutela específica, ou seja, aquele a favor de quem o executado é condenado a cumprir a obrigação principal. Infere-se da interpretação do próprio dispositivo (mais especificamente do parágrafo 2º do art. 461 do CPC), o qual estabelece a exigibilidade da astreinte sem prejuízo das perdas e danos, que o beneficiário da multa é a parte a favor de quem a tutela específica foi concedida (a qual, via de regra, é o autor da ação, mas, todavia, também pode ser o réu²⁰⁹).

Não obstante na atualidade seja pacífico no direito vigente que a parte exequente é a legítima beneficiária da multa, há quem entenda que tal disposição encontra-se equivocada, posto que poderia levar ao enriquecimento sem causa do credor da medida, bem como que: beneficiar o detentor da tutela específica com a multa advinda da medida coercitiva seria o mesmo que conceder a este direito além daquele que detinha, ou seja, dar-lhe benefício maior do que o que lhe caberia. Para tais, a astreinte visa, acima de tudo, garantir a efetividade da tutela jurisdicional, sendo instrumento indispensável para a administração da justiça, sem a qual as decisões judiciais não passariam de meras recomendações, e, desta feita, por ser a multa uma ferramenta de exercício do Poder Judiciário, deveria ser revertida integralmente a favor do Estado²¹⁰, o que, todavia, consoante já exposto, não se mostra a melhor interpretação a respeito da tutela inibitória ora tratada.

Apesar de não se poder negar que a astreinte cumpre também o papel de garantir a efetividade do comando judicial, sua principal função é a de assegurar o direito da parte, ou seja, levar ao cumprimento da obrigação específica de fazer ou não fazer, agindo no subconsiente do executado, convencendo-lhe que o cumprimento da mesma é, para si, mais vantajoso do que a multa pecuniária. Ou seja, a medida abordada tem a finalidade de induzir o condenado a cumprir uma obrigação de fazer ou não fazer, dependendo da vontade

²⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspvom, 2009. v.5, p. 445/447

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 178/180

específica daquele a quem a multa se destina. Como dito, a multa tem caráter acessório da obrigação principal e a ela está intimamente ligada, pois é tutela inibitória que visa levar ao cumprimento da obrigação específica, para garantir e fazer valer o direito material em si, o que justifica, portanto, que tenha como beneficiário o detentor do direito da obrigação de fazer ou não fazer, haja vista estar aí a sua origem.

E tanto é assim que a grande maioria da doutrina, com o que também se concorda, sustenta que desaparecendo a obrigação específica com a reversão da condenação, desaparece conjuntamente o direito a astreinte, ainda que a decisão que as concedeu já tenha transitado em julgado. Desta forma, insustentável a tese de que a multa teria como função primordial dar efetividade ao Poder Judiciário e garantir a obediência ao comando judicial, e que por isso deveria ser destinada ao Estado, pois, se assim o fosse, mesmo quando a obrigação principal desaparecesse (ou seja, mesmo quando inexistisse o direito material, e a ação, por seu turno, fosse julgada improcedente) a astreinte teria que ser mantida, pois seria independente daquela primeira e estaria vinculada somente à obediência ou não do comando jurisdicional, ainda que este fosse posteriormente considerado injusto ou indevido. E, incabível sustentar, nessa mesma linha que a multa tenha exclusivo caráter punitivo, a fim de reforçar o argumento de que deveria ser destinada ao Estado, pois visa forçar ao cumprimento de suas decisões, a uma porque, como visto, seu objetivo é assegurar o cumprimento do direito material (que é da parte), sem o qual inexistiria, e a duas porquanto, se assim o fosse, toda decisão judicial precisaria de astreinte para ser cumprida e nenhum comando jurisdicional teria respeito ou força cogente, o que não é verdade.

No mais, não se pode negar que a astreinte possui consigo certa carga compensatória. Com isso, quer se dizer que nada mais natural que a parte que, infelizmente, por conta do descumprimento do executado, foi obrigada a aguardar dias, meses, ou até mesmo anos, para ver aquela obrigação específica (já liquidada, certa e exigível) ser cumprida, receba uma compensação pelo prazo e pelo desgaste de ter que esperar a boa vontade do executado em obedecer o comando jurisdicional e honrar com o sua parte no avençado, finalmente concedendo ao exequente o que de há muito já era de seu direito. Ora, assim como nas obrigações de pagar a mora e o inadimplemento são compensados por meio dos juros, a demora no cumprimento de uma obrigação de fazer é compensada, de certa forma através da astreinte, a qual, conforme exposto, não possui esta

característica como finalidade, todavia, acaba cumprindo também esse papel, ainda que de forma secundária e subsidiária.

Finalmente, quanto ao argumento de que o recebimento da astreinte pelo exequente levaria ao enriquecimento ilícito do mesmo, tem-se que, conforme já exposto nos tópicos anteriores, cabe ao Poder Judiciário, mais especificamente ao juiz da causa ponderar e impedir tais excessos, convertendo a multa em perdas e danos, por exemplo a partir do momento em que a obrigação se tornar impossível de ser cumprida, ou determinando a substituição da medida por outra que alcance a finalidade almejada, ou ainda, determinando a redução do valor e periodicidade da astreinte sempre que preciso (cujos efeitos da decisão já foram explicados no capítulo 4.1), sendo que, em última análise, sempre que a astreinte se acumular em vultosos valores será em decorrência da renitência exacerbada do executado, o qual, portanto, estará concedendo ao exequente o direito àquele crédito, e, portanto, eventual enriquecimento do credor não será ilícito, mas sim devido, por culpa exclusiva do devedor que optou pelo descumprimento da obrigação, e por isso deve arcar com as consequências dele advindas.

Sobre o tema, inclusive, discutiu-se durante o anteprojeto do novo CPC a respeito de quem deveria ser o destinatário da medida, propondo-se uma divisão, na tentativa de contrabalancear os dois entendimentos em destaque, sugerindo que a referida multa fosse revertida ao exequente até o limite da obrigação, e, no que passar disso, ou seja, o seu excedente, fosse revertido ao Estado. Todavia, tal solução, embora fosse bastante política e aparentasse agradar a maioria, não foi acolhida pela redação do anteprojeto aprovada pela Câmara no dia 16/07/2013, a qual manteve como destinatário da multa o exequente. Parece a mais adequada, pois foi o exequente (e não o Estado) que sofreu as consequências do inadimplemento, as quais, por vezes, são irreversíveis.

A posição no momento adotada pelo anteprojeto, conforme exposto neste estudo, parece sim ser a mais adequada, pois a destinação da referida multa ao Estado precisaria de um controle efetivo, a fim de evitar situações complicadas (inclusive de corrupção), mormente em um país como o nosso, e no momento histórico em questão. No mais, haveria que se pontuar vários critérios, como quando, por exemplo, a própria Fazenda Pública e seus entes (que insta constar são os maiores demandados do país) fossem os executados da ação, sendo que a multa nestes casos perderia sua eficácia. E mais ainda, como ficariam aqueles casos em que a obrigação específica não possui um valor pecuniário, ou quando esse valor é por demais irrisório?! Enfim, limitar o valor da multa a ser destinado ao exequente ao valor da obrigação (destinando-se o excedente ao Estado),

não é uma solução tão simples como parece, e precisa ser melhor acurada, razão pela qual, se mostra pertinente a decisão do anteprojeto de manter como destinatário da integralidade da multa o exequente.

CAPÍTULO VI – Das possíveis alterações quanto ao tema previstas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil

No último dia 16 (dezesseis), do mês de julho do ano corrente (2013), terça-feira, foi aprovada pela Câmara dos Deputados, em Brasília, a redação atual do anteprojeto²¹¹ do substituto ao Código de Processo Civil atual, a qual segue agora para o Senado em busca de aprovação. Dentre as inúmeras modificações propostas pelo anteprojeto, algumas, atinentes ao tema proposto, influenciam diretamente na aplicação da astreinte, delimitando de maneira mais concreta sua forma de atuação, atendendo em parte os anseios deste trabalho. No Código de Processo Civil vigente, a astreinte encontra-se positivada no artigo 461²¹² do CPC, mais especificamente em seus parágrafos 4º, 5º e 6º, cuja redação, embora já tenha sido transcrita ao longo do presente estudo, pede-se vênia para novamente trazer em nota de rodapé, a fim de facilitar a comparação com o novo texto proposto pelo anteprojeto em seus artigos 550²¹³ e 551²¹⁴, positivados no capítulo VI, do cumprimento da

²¹¹ COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI NO 6.025, DE 2005, AO PROJETO DE LEI NO 8.046, DE 2010, AMBOS DO SENADO FEDERAL, E OUTROS, QUE TRATAM DO “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (REVOGAM A LEI NO 5.869, DE 1973) SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO AOS PROJETOS DE LEI NOS 6.025, DE 2005, 8.046, DE 2010, E AOS PROJETOS DE LEI NOS 1.489 E 1.824, DE 1996; 491, DE 1999; 6.507, 6.870-A E 7.499-A, DE 2002; 1.522 E 1.608, DE 2003; 4.386, DE 2004; 5.983, DE 2005; 7.088 E 7.462, DE 2006; 212 E 887, DE 2007; 3.015, 3.387, 3.743 E 3.919, DE 2008; 5.475, 5.748, 6.178, 6.195, 6.208 E 6.407, DE 2009; 7.360 E 7.506, DE 2010; 202, 217, 241, 1.199, 1.626, 1.628, 1.650, 1.850, 1.956, 2.627, 2.963 E 3.006, DE 2011; 3.743, 3.907, E 4.110, DE 2012; E 5.562, DE 2013.

²¹² Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

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

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

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

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

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

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

²¹³ Art. 550. No cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por período de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, na seção I.

O *caput* do art. 550 do anteprojeto, não obstante esteja melhor redigido, dentro das novas diretrizes do código proposto, na prática, nada muda em relação ao que já vinha previsto no *caput* do art. 461, sendo desnecessárias maiores considerações. A novidade, todavia, vem logo em seguida, já no § 1º do art. 550, quando a expressão “multa diária” foi substituída por “multa por período de atraso”, a fim de colocar uma pá de cal na infrutífera discussão (já superada) a respeito de se a referida multa poderia ser fixada por períodos inferiores ou superiores a um dia, com o que a doutrina majoritária já concordava. No mais, o § 5º deste artigo e o § 5º do artigo 551, estabelecem que as determinações neles dispostas são aplicáveis ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional, sendo que no art. 552²¹⁵, que trata a respeito da obrigação de entrega de coisa, no seu § 3º, se estabelece que são aplicáveis ao mesmo as normas que dispõem a respeito das obrigações de fazer a não fazer, do que se infere que, conforme defendido neste trabalho, a astreinte pode ser aplicada (quando se fizer

§ 2º A intervenção judicial em atividade empresarial somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação da decisão e observará, no que couber, o disposto nos arts. 102 a 111 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 539, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

²¹⁴ Art. 551. A multa periódica independe de pedido da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, sem eficácia retroativa, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º O cumprimento definitivo da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte; a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão que fixar a multa, quando for o caso.

§ 4º A execução da multa periódica abrange o valor relativo ao período de descumprimento já verificado até o momento do seu requerimento, bem como o do período superveniente, até e enquanto não for cumprida pelo executado a decisão que a cominou.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

²¹⁵ Art. 552. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 1º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, discriminando-as e atribuindo, sempre que possível e justificadamente, o seu valor.

§ 2º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento.

§ 3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

necessário) nas obrigações de fazer e não fazer da natureza não obrigacional e nas obrigações de dar e entrega de coisas.

Outras importantes mudanças a respeito da normatização da astreinte vêm positivadas no art. 551 do anteprojeto, o qual em seu *caput* já esclarece que a medida poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada, sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito, dirimindo, assim, eventuais dúvidas a respeito de qual seria o momento oportuno e adequado para a fixação da astreinte, a qual, como visto, deve se dar sempre que se fizer necessária a sua aplicação, podendo ser deferida de ofício ou a requerimento da parte.

Quanto ao valor da multa (que consoante estabelece o § 2º deste dispositivo será devida ao exequente) e à sua periodicidade, o § 1º do aludido artigo, com fulcro de acabar com a controvérsia existente na atualidade, deixa claro que poderá haver modificação, cujos efeitos serão, contudo, *ex nunc*, na esteira do defendido no presente trabalho. Com isso, não restam dúvidas que o anteprojeto propõe, de maneira clara e expressa, que a decisão que modifica a astreinte tem o condão de alterar as prestações vincendas, e não possui eficácia retroativa, a qual, além disso, para ser prolatada, precisa preencher algum dos requisitos incertos nos incisos I e II do preceito legal, ou seja, (1) deve ter se tornado insuficiente ou excessiva, (2) ter sido demonstrado que houve o cumprimento parcial superveniente da obrigação, (3) ter sido demonstrado justa causa para o seu descumprimento. Desta forma, caso aprovado o anteprojeto com sua redação atual, cesse a discussão travada nos Tribunais, principalmente nas Cortes Superiores, sobre a possibilidade de redução/extinção da astreinte em decisões com efeitos *ex tunc* (como tem ocorrido diuturnamente), que feriam a segurança jurídica, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, desrespeitando a autoridade do próprio Poder Judiciário, sendo essa uma das principais e mais importantes inovações do anteprojeto sobre o tema proposto.

Ademais, por fim, tem-se ainda que no § 3º do art. 551, restou consolidado de forma expressa que, embora o cumprimento definitivo da multa dependa do trânsito em julgado da sentença favorável à parte, a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão até quando for efetivamente cumprida (§ 4º), e sua execução, nesse ínterim pode (e deve) se dar por meio do cumprimento provisório da decisão que a fixar, o que lhe resguardará o seu caráter coercitivo através dos atos de expropriação que a execução provisória permite sejam tomados contra o patrimônio do executado. E, quanto à execução provisória, não obstante não seja o tema central do

presente trabalho, cabe mencionar que o anteprojeto dispõe em sua redação (art. 534, § 2º²¹⁶) que ao referido procedimento será aplicável a multa hoje prevista no artigo 475-J do atual CPC, também na senda do que fora apresentado e sugerido neste estudo.

Verifica-se, portanto, que, mesmo com as inovações trazidas pelo anteprojeto, que já contribuem sobremaneira para solucionar muitas das divergências existentes sobre o tema, ainda restam alguns pontos que não foram albergados, como, por exemplo, as questões atinentes à conversão da astreinte em perdas e danos, as hipóteses dessa ocorrência, e a possibilidade de cumulação de ambas as medidas (que no código atual se encontra autorizada de forma expressa no § 2º do artigo 461). Além disso, outro ponto de vital importância que, pelo visto, permanecerá em aberto, trata a respeito da necessidade ou não de intimação pessoal do obrigado para que se dê início à fluência do prazo para cumprimento da obrigação específica, o qual é hoje, infelizmente, um dos principais argumentos utilizados pelos obrigados para se eximirem das obrigações advindas das decisões que fixam a astreinte, razão pela qual necessitam de positivação expressa na lei, a fim de se evitar artimanhas processuais objetivando postergar e até mesmo anular o cumprimento de obrigações determinadas pelo Poder Judiciário.

Por corolário, com fulcro de concluir de maneira pontual as disposições que tratam sobre a multa cominatória, seria de bom alvitre que o anteprojeto do CPC, na esteira do defendido e analisado neste trabalho, incluísse em seu texto atual a redação do § 2º do artigo 461, determinando de forma cabal que indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (mesmo porque têm fins diversos), acrescentando, ainda, que a conversão da medida em perdas e danos poderá ocorrer apenas a requerimento do credor ou ainda quando a obrigação se tornar impossível de ser cumprida. E, quanto à intimação do devedor para cumprimento da obrigação específica, oportuna seria a inclusão de um parágrafo esclarecendo que, havendo advogado devidamente constituído nos autos, a intimação da decisão ocorrerá na pessoa do advogado, via diário oficial, e, apenas na ausência deste torna-se necessária a intimação pessoal.

²¹⁶ Art. 534. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: § 2º A multa a que se refere o § 1º do art. 537 é devida no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

CONCLUSÃO

Ao longo de todo o exposto no presente trabalho fez-se possível verificar que o tema apresentado, principalmente por conta da ausência de regramento específico no tocante a muitas particularidades, está longe de ser pacífico ou de ter a sua aplicação estabelecida de maneira clara e precisa, a fim de facilitar a utilização do instituto como técnica de tutela processual e o seu bom emprego. Assim sendo, ainda que não se concorde com as ideias e posicionamentos apresentados e defendidos durante este estudo, o seu principal objetivo foi enfrentar alguns dos principais temas controvertidos e que, na sua grande maioria, não encontram solução e consenso na prática do dia a dia forense, para que a doutrina pátria (principalmente em um momento histórico como este que se acompanha, no qual está prestes a ser aprovado um novo Código de Processo Civil), venha a apresentar soluções para os problemas e questionamentos aqui levantados, com fulcro de que se possa ao menos haver uniformização na forma de aplicação e execução da astreinte (ainda que as opções escolhidas não estejam de acordo com o entendimento ora exposto), para que, desta forma, haja previsibilidade e maior segurança a respeito da temática, encontrando-se um consenso (ou o mais próximo possível dele) sobre a sua melhor exegese.

A normatização de regras que estabeleçam de forma concreta a forma de aplicação da astreinte, a qual, infelizmente, o atual anteprojeto do Código de Processo Civil (embora tenha apresentado em sua redação aprovada pela Câmara dos Deputados em 16/07/2013 consideráveis avanços) não supre por inteiro, é imprescindível para que se constitua um direito coeço sobre o tema e para que se acabe com a instabilidade e divergência das decisões do Poder Judiciário, que acabam por suscitar o descrédito deste. E, foi pensando nestes aspectos, mormente na segurança jurídica, na celeridade e no devido processo legal, que se procurou defender as posições expostas no curso dos seis capítulos supraexpostos, buscando acastelar não só a autoridade das decisões judiciais, mas, também, o direito das partes assegurado pelo ato jurídico perfeito e pela coisa julgada. Por tais bases, considerando-se, sobretudo, a natureza coercitiva da astreinte, é que se insiste que a referida medida possui exequibilidade imediata e que sua execução deve se dar nos termos do art. 475-O do CPC vigente, independentemente do trânsito em julgado da decisão. Por tais razões, ainda, reitera-se não ser necessária a intimação pessoal do devedor para a fluência do prazo para cumprimento da decisão que fixa a aludida multa,

bastando, para tanto, a intimação do advogado devidamente constituído nos autos (a exemplo do que já ocorre no cumprimento de sentença), evitando, destarte, inúmeras manobras protelatórias dos executados.

Do mesmo modo, e por tais motivos, a astreinte deve ser destinada ao exequente e sua conversão em perdas e danos só poderá ocorrer a requerimento do credor, ou quando a obrigação de fato se tornar impossível ao executado, sendo cabível a cumulação da multa vigente até aquele momento com as perdas e danos apurados. E, por último, mas não menos importante, é que se pontua que a decisão que fixa a astreinte, embora seja revisável a qualquer tempo, não pode ser modificada pelo período que já fluiu (a não ser que a obrigação principal, que deu origem à mesma seja julgada improcedente), razão pela qual eventual decisão que venha a modificar o valor ou periodicidade da multa diária deve surtir efeitos apenas *ex nunc*. Como melhor elucidado no tópico 4.1, o *decisum* que fixa a astreinte não pode ser modificado a qualquer tempo após o decurso dos prazos dos recursos cabíveis e adequados para atacá-lo, permitindo-se a alteração de situações e atos passados que já se consolidaram no tempo como direitos adquiridos, pois, assim sendo, o conteúdo de sua decisão será sempre desacreditado, duvidoso e não confiável.

Em suma, fora defendido no presente estudo que os efeitos de tal decisão, que altera o valor e a periodicidade da astreinte, devem ser sempre *ex nunc*, ou seja, passam a ser produzidos a partir de sua prolação, sendo que a astreinte vencida continua a ser exigível. Para que uma decisão possa modificar a astreinte com efeito *ex tunc* ela deve ser prolatada (como em qualquer outra decisão judicial) enquanto ainda encontrar-se aberto prazo para a interposição de recurso contra si, o qual deve ser manejado pela parte interessada, podendo ser a questão levada até as cortes superiores de nosso país, sem prejuízo da possibilidade de execução provisória da multa já corrida (vencida), que deve se dar nos moldes do artigo 475-O do CPC vigente.

Em síntese, tem-se que o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada não podem ser ignorados, e devem ser respeitados como alicerces do sistema jurídico. Desta forma, a decisão que fixa a astreinte deve ser respeitada, no mínimo, no tocante aos efeitos que já surtiu, caso contrário estar-se-á infringindo os princípios basilares do direito que deram azo aos comandos processuais incertos nos artigos 471, 473 e 475-G do CPC, que estabelecem normas com objetivo de trazer estabilidade e imutabilidade às decisões já proferidas, que levaram este estudo a concluir que o sistema jurídico, inclusive as partes,

deve primar pela sujeição e acatamento das ordens judiciais, corroborando com o entendimento que se infere da redação do anteprojeto aprovado na Câmara dos Deputados em 16/07/2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – Multa do art. 461 do CPC e outras*. 2 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. In Revista do Advogado – Novas Reformas do Código de Processo Civil. nº 85. Maio de 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, V. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Vol. 4.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Executiva*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. 3.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares específicos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, V. 4.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo*. ASSIS, Araken de....[et al] (coords). *Direito Civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: RT, 2008

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento de sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JuspoVm, 2009, V. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do CPC*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, V. 4.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Willian Santos. Tutela Antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRIGINI, Ronaldo. Considerações sobre o art. 475-J do CPC. BRUSCHI, Gilberto Gomes. SHIMURA, Sérgio. (coords). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, V. 2.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Cumprimento de decisão judicial que fixou a multa. BRUSCHI, Gilberto Gomes. SHIMURA, Sérgio. (coords). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, V. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. Repro. n. 79. 1995.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de...[et al]. Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum? ASSIS, Araken de....[et al] (coords). *Direito Civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2011.*

ROCHA, Maria Isabel de Matos, Objeto específico da pretensão cominatória e os critérios para a fixação judicial do valor da multa pecuniária. *Esmagis. Revista Semestral n. 5, julho de 1993, APUD OLIVEIRA, Evandro Carlos de. Multa no Código de Processo Civil. Coleção Direito Processual e Técnicas de Direito Processual. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2011.*

SÁ, Fernando. *Multa Cominatória. Montante ou multa diária, qual pode ter seu valor modificado para mais ou para menos?. RePro. , ano 36, nº 200 – Out/2011.*

SANTOS, Moacyr Amaral, *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro, 4 Ed. São Paulo: Max Limonad Editor, tomo I, 1958.*

SIDOU, J. M. Othou. *Processo Civil Comparado – Histórico e Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.*

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 4 Edição. Coimbra: Almeida, 2002.*

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 25ª edição. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 1998, V. 1.*

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, V. 2.*

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.*

WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Reforma do CPC* (org. S. F. Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

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