

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO FAUSTINO FERNANDES

A MULTA COERCITIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

SÃO PAULO

2019

RODRIGO FAUSTINO FERNANDES

A MULTA COERCITIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia apresentada para a Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica para
obtenção do título de especialista.

Área de concentração: Processo Civil

Orientador: Prof. Ms. Luís Eduardo Simardi
Fernandes

SÃO PAULO

2019

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

FERNANDES, Rodrigo Faustino

A MULTA COERCITIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de
São Paulo PUC/SP

Orientador: Luís Eduardo Simardi Fernandes

Nome: FERNANDES, Rodrigo Faustino

Título: A Multa Coercitiva no Código de Processo Civil de 2015

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de
São Paulo/PUCSP para a obtenção do título de
especialista em processo civil

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Ms. Luís Eduardo Simardi Fernandes

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Aos meus pais e amigos, obrigado por tudo.

AGRADECIMENTO

Ao Prof. Ms. Luís Eduardo Simardi Fernandes, pela atenção e apoio durante o processo de definição do tema e por sua orientação no presente trabalho

RESUMO

FERNANDES, R.F. A Multa Coercitiva no Código de Processo Civil de 2015. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo, PUC/SP.

Análise dos principais aspectos da multa coercitiva, entre eles sua origem, princípios que norteiam sua aplicabilidade, além de mostrar a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico trazendo maior efetividade na tutela jurisdicional. Abordagem do instituto como possibilidade de cumulação de sanções e a multa coercitiva, aplicabilidade em face da Fazenda Pública, possibilidade de alteração do valor após sua fixação inclusive com estudo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

ABSTRACT

Analysis of the main aspects of the coercive fine, among them its origin, principles that guide its applicability, besides showing the possibility of its application in the legal order bringing greater effectiveness in the judicial protection. Approach of the institute as possibility of cumulation of sanctions and the coercive fine, applicability in face of the Public Treasury, possibility of alteration of the value after using fixation even with study of jurisprudence of the Superior Court of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS

ARE – Agravo no Recurso Especial

AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

Art. - Artigo

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário de Justiça

EAg – Embargos de Divergência em Agravo

j. – Julgado

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v.g. – *verbi grartia* (expressão latina que significa “por exemplo”)

SUMÁRIO

Introdução	12
1. Breve histórico da multa coercitiva.....	13
2.. A multa coercitiva no Direito Processual Civil Brasileiro	16
2.1 Natureza jurídica	16
2.2 Multa coercitiva nas obrigações de fazer	19
2.2.1 Obrigação de fazer fungíveis	21
2.2.2 Obrigação de prestar declaração	22
2.2.3 Obrigações de fazer infungíveis.....	23
2.4 Multa coercitiva nas obrigações de não fazer	23
2.5 Multa coercitiva nas obrigações de entregar coisa.....	Erro! Indicador não definido.
2.6 Multa coercitiva nas obrigações de pagar quantia.....	24
2.7. Fixação de astreintes em relação à fazenda pública	27
3. Critérios para fixação e alteração do prazo para cumprimento, do valor e da periodicidade da multa	32
3.1 Prazo para o cumprimento voluntário da ordem	32
3.2 Termo final para o cumprimento da obrigação	39
4. Critérios para fixação e alteração do valor inicial da multa	40
4.1 Tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade).....	40
4.2 Valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado	41
4.3 Capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor	43
4.4 Possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (<i>duty to mitigate de loss</i>).....	44
5. Possibilidade de alteração e exclusão do valor da multa.....	46
6. Possibilidade de cumulação da multa coercitiva com outros institutos	53
6.1 Multa coercitiva e crime de desobediência	53

6.2 A multa coercitiva e ato atentatório à dignidade da justiça.....	56
7. Conclusão.....	58

Introdução

O inadimplemento das obrigações é objeto do Direito há muito tempo. Durante o período do Império Romano o inadimplemento da obrigação recaía sobre o próprio corpo do devedor, o qual era mutilado.

Com a evolução da sociedade, a sanção pelo inadimplemento da obrigação tornou-se pecuniária, pois num Estado Social não é admissível que a sanção pelo inadimplemento recaia sobre o corpo do devedor.

Nesse sentido, tal instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com Lei de Ação Civil Pública. Após, incluído em outros diplomas, a multa coercitiva foi prevista no Código de Processo Civil de 1973.

Com a publicação do Código de Processo Civil em 2015, tal instituto seguiu em vigor com expressa previsão e, inclusive, com a possibilidade de requisição de força policial.

Diante da relevância e atualidade do tema, se nota que esse instituto suscita diversas questões, como critérios para fixação, prazos para cobrança, transmissão aos herdeiros, entre outras.

A partir de um estudo do instituto, com pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho servirá para chegar às conclusões lógicas quanto à aplicabilidade da multa coercitiva, sua natureza jurídica e questões pertinentes ao tema.

1. Breve histórico da multa coercitiva

Segundo a história, no período do Império Romano, a consequência pelo inadimplemento da obrigação recaía sobre o próprio corpo do devedor, de forma que, caso houvesse o inadimplemento, o devedor era convertido em escravo ou seu corpo esquartejado e partilhado entre seus credores.

A lei das XII Tábuas era o código legal seguido pelos romanos à época. Nesta Lei, apesar de primitiva, reunia a sistematização do Direito daquela civilização. Deste modo, as normas que dizem respeito sobre o não cumprimento das obrigações se encontram na Terceira Tábua.¹

Com a evolução do pensamento humano, foi vedado que o corpo do devedor fosse objeto da execução. O Direito passou a prestigiar outros valores, e o inadimplemento das obrigações ganhou outro regime jurídico.

Foi na França, através do Código Napoleônico, que se proibiu fazer do corpo do devedor o objeto da execução. Passa, então, a existir uma nova forma de lidar com o inadimplemento das obrigações.

Quando descumprida a obrigação, tornando-se devedor, não poderia ser este pessoalmente forçado a quitar sua obrigação, sendo a única maneira de sanção a que incidisse sobre o patrimônio do devedor.

A nova forma do Direito Francês regulamentar sobre as obrigações de fazer e não fazer se baseava no valor da liberdade, sendo que esta passou a ser característica dos negócios jurídicos, pois todos eram livres para dispor de seus bens e contrair as obrigações, em razão da autonomia de suas vontades.

¹ “9. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre” *A LEI DAS XII TABUAS – fonte do direito público e privado; Meira, Sílvio A. B. 3ª Edição Rev. e Aumentada; Editora Forense Rio; p. 169.*

No contexto da Revolução Francesa, a liberdade torna-se um valor inviolável e, deste modo, em garantia à liberdade pessoal do devedor, caso não quisesse cumprir voluntariamente a obrigação, somente poderia ser compelido ao pagamento de perdas e danos.

Porém, mais uma vez, a forma de lidar com o inadimplemento da obrigação muda conforme as concepções do pensamento humano mudam. Após o Estado Liberal, o qual tinha como ideal a liberdade e o Estado interferia minimamente na esfera particular, a humanidade caminha para o Estado Social, no qual o Estado não apenas diz o direito, mas intervém nas liberdades pessoais para assegurar tais direitos.

A concepção de Estado Social procura superar as limitações da visão do estado liberal, especialmente para garantia e efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Desta forma, compete aos Estados Sociais fomentar não só a liberdade, mas visa, ao mesmo tempo, garantir que o conjunto da população tenha acesso a uma série de serviços sociais, ainda que tenha que o Estado intervir nas liberdades individuais para assegurá-los.

Neste sentido, passou-se a adotar a imposição de multa diária, como forma de compelir o devedor ao cumprimento da prestação devida de fazer ou deixar de fazer, pois, ainda que o Estado interviesse na esfera da liberdade do devedor, estaria assegurando justiça e igualdade frente ao credor.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro há previsões de multa diária pelo inadimplemento da obrigação. Foi através do art. 11 da Lei de Ação Civil Pública que se incluiu a possibilidade de estipular multa astreinte quando não for cumprida a obrigação de fazer ou não fazer devida.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 84, § 4º, também incluiu a possibilidade de aplicação de multa diária na hipótese de descumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer.

Ainda, neste mesmo objetivo de que haja coesão social e igualdade de oportunidades, o Código de Processo Civil de 1973 já previa a possibilidade de aplicação de multa pelo inadimplemento das obrigações de fazer² e de entrega de coisa³.

O novo Código de Processo Civil manteve a possibilidade de aplicação de multa astreinte, e ainda menciona a possibilidade de requisitar auxílio de força policial (art. 536, § 1º), ou seja, o códex supra manteve os ideais vinculados pelo Estado Social.

² “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.”

“§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa.”

³ “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.”

“§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.”

2.. A multa coercitiva no Direito Processual Civil Brasileiro

2.1 Natureza jurídica

Para a maioria da doutrina, a multa prevista nos artigos 536, §1º e artigo 537 do Código de Processo Civil possui certa semelhança com *astreinte* francesa, tendo como principal o seu caráter coercitivo. O magistrado ao utilizar o referido instituto, não busca o ressarcimento do prejuízo que o credor sofreu ou está sofrendo, mas pressionar o executado em cumprir com obrigação pactuada aplicando uma sanção pecuniária capaz de coagi-lo em realizar o seu adimplemento. Nesse sentido, trata-se da “chamada execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor”.⁴

José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar sobre a questão de fixar uma multa com o intuito de pressionar o requerido em realizar o cumprimento das decisões judiciais que concedem a tutela específica – no caso do seu estudo, as obrigações de não fazer- afirma que:

A ordem judicial de que o réu omita (ou cesse) a atividade ilícita, a fim de ter eficiência prática, precisa ser assistida da cominação da sanção (ou sanções) para o caso de descumprimento. A vontade do réu é solicitada à ação pelo benefício que ele espera conseguir; torna-se um contraestímulo, que o induza à abstenção. O contraestímulo há de consistir na ameaça de uma consequência desvantajosa, e será suficiente forte, em princípio, na medida em que a desvantagem possa exceder o benefício visado. A renúncia a este, vista naturalmente pelo réu como um mal resultará então do desejo de evitar mal maior⁵

A clareza em definir corretamente este instituto deixa claro que ele não se destina em substituir a obrigação descumprida, bem como reparar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, mas sim compelir o seu destinatário ao cumprimento da ordem judicial.

Nesse sentido, o entendimento de Kazuo Watanabe sobre o referido instituto:

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 256.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In Temas de Direito Processual. Segunda Série. São Paulo: Saraiva 1980, p.38.

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva.⁶

A multa coercitiva pátria como as *astreintes* francesas também possuem outra característica semelhante, qual seja, o caráter acessório, uma vez que apenas tem razão de existir se estiver vinculada à decisão, igualmente, se for possível alcançar o fim almejado.⁷

Nesse sentido, o entendimento de Marcelo Lima Guerra ao tratar do assunto discute que ela consiste em “uma condenação acessória porque destinada a assegurar o cumprimento específico de outra condenação, dita principal”⁸.

Importante destacar o caráter acessório do instituto diante dos efeitos que podem ser levados pela alteração na obrigação principal, pois caso deixe de existir por fato superveniente ou o objetivo for impossível de ser executado, a multa deixa de subsistir. Esse é o entendimento de Guilherme Rizzo Amaral ao dizer que “as *astreintes* são acessórias da decisão judicial e dependentes da possibilidade de cumprimento da obrigação principal”⁹.

Isso porque o objetivo deste instituto não é um fim em si mesmo, mas uma maneira para que possa ser cumprida a tutela jurisdicional específica. Caso não seja possível o seu cumprimento não há motivos para adota-la para este fim.

Diante da vinculação da multa coercitiva e a decisão judicial que impõe um cumprimento ao devedor, é inegável que outra característica é a sua natureza processual. O Superior Tribunal de Justiça ao analisá-lo afirmou no julgado REsp n.º 949.509/RS que a multa do antigo artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 possuía “natureza híbrida”, tendo em vista suas funções processuais e materiais. Entretanto, tal entendimento já foi superado em julgados posteriores que definiram apenas o caráter processual da multa - julgados AgRg no REsp n.º 1371369/RN e REsp n.º 1.198880/MT.

⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art.273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.47.

⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 65

⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. p. 115

⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 67.

O Professor Guilherme Rizzo Amaral também considera que a multa tem caráter patrimonial acidental, uma vez que ameaça coercitiva recai sobre o patrimônio do réu, conforme verifica-se em seu estudo:

Conclui-se, portanto, que o caráter patrimonial está presente nas astreintes, mas com a ressalva de que, antes de haver a execução da multa, a coação se dá sobre o réu, através de ameaça contra seu patrimônio. O fato de as astreintes atingirem, ocasionalmente, o patrimônio do réu inadimplente é, com efeito, meramente acidental.¹⁰

Contudo, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o AREsp1139084/SC, entendeu que nas ações que envolvam o direito à saúde, a natureza personalíssima do pedido principal não afasta a possibilidade de transmissão das astreintes aos sucessores da pretensão patrimonial quando ocorre o falecimento da parte demandante.

No caso em questão, a multa coercitiva foi fixada com o intuito de que Governo de Santa Catarina fornecesse um determinado medicamento ao paciente. Entretanto, a parte faleceu no curso do processo e o Estado de Santa Catarina não aceitou que os herdeiros prosseguissem no polo ativo da execução, alegando ser a multa coercitiva acessória a obrigação principal, ou seja, com o falecimento da autora não caberia cobrar o valor da multa.

No entanto, o relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, entendeu que nas demandas cujo objeto é a efetivação do direito à saúde, o crédito oriundo da multa coercitiva tem natureza de crédito patrimonial, tendo à necessidade de preservar seu poder coercitivo. Nesses termos, uma parte do voto:

“(…)10. Além das considerações sobre a natureza patrimonial do crédito oriundo da multa diária, há ainda outra questão a ser considerada, referente à própria eficácia do instrumento processual em si. Caso acolhida a argumentação do agravante sobre a intransmissibilidade do crédito, o instrumento da multa diária perderia sua força coercitiva, notadamente nos casos em que o beneficiário da tutela antecipada apresentasse quadro clínico mais grave ou mesmo terminal. Nessas situações, o réu poderia simplesmente descumprir a decisão judicial e esperar pelo falecimento do postulante, na

¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 69.

certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Judiciário.

11. Nos casos em que a morte fosse decorrência dessa ilícita omissão estatal, seria criado um cenário completamente esdrúxulo, em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.

12. A eficácia prática do instrumento previsto no art. 537 do Código Fux restaria assim não só prejudicada, mas verdadeiramente invertida, pois se converteria em meio de estimular o réu a ignorar a determinação judicial e aguardar pelo perecimento do direito da parte autora”

Sobre a questão também outros julgados do Superior Tribunal de Justiça – AREsp. 525.359/MS e REsp. 1.722.666/RJ - Também entenderam sobre a possibilidade de transmissão aos herdeiros. Como já mencionado anteriormente essa questão coaduna com os ensinamentos de Kazuo Watanabe

2.2 Multa coercitiva nas obrigações de fazer

Inicialmente, para uma melhor análise da aplicação da multa coercitiva nas obrigações de fazer é importante conceituar as espécies de suas obrigações para, posteriormente, podermos aprofundar sobre o tema e suas posições doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que é necessário compreender sua distinção para poder verificar o cabimento da tutela específica e o caso da conversão em perdas e danos.

Nesse sentido, os civilistas dividem as obrigações de fazer em fungíveis e infungíveis.

As obrigações infungíveis são aquelas em que “a prestação *faccienda* insuscetível de sub-rogação por terceiro”.¹¹ Seriam obrigações infungíveis, v.g., show de música realizado por um grande artista; elaboração de um parecer técnico por um advogado renomado; realização de cirurgia estética por médico habilitado.

Cumpram ainda destacar que a infungibilidade pode ser distinguida em “naturalmente infungíveis” e “juridicamente infungíveis”.

¹¹ ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.854.

Em relação a primeira esta configura-se quando a obrigação é exequível apenas pelo devedor conforme todos os exemplos acima citados.

Já a infungibilidade jurídica é aquela em que a obrigação não decorre da qualquer característica pessoal do devedor, mas sim por expressa determinação legal ou convencional, v.g., outorgar procuração a advogado, vedando substabelecimento.

Nesse sentido, os ensinamentos do Araken de Assis:

A infungibilidade aproveita apenas o exequente. É quem dispõe, portanto, de ampla disposição do elemento concernente à personalidade, e pode acolher a prestação de terceiro, dá-la por satisfatória, se aprovar ao seu interesse.¹²

Por outro lado, as obrigações fungíveis são aquelas que podem ser realizadas por terceiros, tendo em vista que as características pessoais do réu não foram condição *sine qua non* para constituição da relação obrigacional. Ela prima mais pelo resultado do que pelo meio, sendo indiferente a personalidade na execução¹³. Como exemplo seria o caso da contratação de um pintor para renovação da fachada de um imóvel; a contratação de um marceneiro para reforma de um guarda roupa; da contratação de um preparador físico para melhorar o desempenho em provas esportivas, etc.

As obrigações de fazer e não fazer também podem ser classificadas em instantâneas e permanentes.

As obrigações instantâneas são aquelas que após realização do ato no qual a parte deveria omitir, não é possível o seu desfazimento. Nesses casos, elas sempre serão resolvidas em perdas e danos.

Por outro lado, as obrigações permanentes são aquelas em que é possível o desfazimento do que não pode ser realizado. Portanto, nesses casos o credor pode requer as

¹² ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.855.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Curso de Direito Civil, obrigações, 7. ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador, 2013, p.230.

perdas e danos que por acaso possa ter sofrido, bem como requerer o desfazimento do ato contrário ao que foi pactuado entre as partes.

Diante do exposto, resta claro que apenas nos casos em que a obrigação for instantânea não é admitido aplicar o presente instituto, pelo fato de não existir possibilidade de serem desfeitas.

Após repassar os conceitos de obrigação fungíveis e infungíveis, é o caso de analisar propriamente aplicação da multa cominatória em cada uma.

2.2.1 Obrigação de fazer fungíveis

Nas ações que possuem como interesse o cumprimento de obrigações fungíveis, a doutrina entende que existe possibilidade de aplicação da multa prevista no artigo 536 e 537 do Código de Processo Civil, mesmo com possibilidade de que terceiro satisfaça à execução. Como fundamenta Talamini em sua obra “muitas vezes, a obtenção do resultado específico sem o concurso do réu (‘resultado prático equivalente’), conquanto possível, é extremamente onerosa e (ou) complexa”¹⁴.

O entendimento do autor é o correto, uma vez que para realização da substituição do serviço por terceiro, o exequente necessita arcar com os custos da nova empreitada, entretanto, diante da situação de já ter realizado o desembolso da quantia em favor do executado acabaria onerando novamente. Sobre essa situação Dinamarco: “na prática, ninguém opta por essas medidas complicadas e burocráticas, a cujo respeito rareia a jurisprudência”.¹⁵

Com o intuito de possibilitar utilização da substituição do serviço por terceiro, Luiz Guilherme Marinoni entende que:

“Caso o réu não deposite em juízo o valor estabelecido para que a realização do fazer tenha início, poderá o autor requerer que ele pague ao terceiro o valor fixado para a realização do fazer, sob pena de multa. Não há motivo razoável

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer -e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts, 461 e 461 – A; CDC, art.84). 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo; Malheiros, 2004, v. IV, página 491.

para supor que o autor, que sofreu o dano produzido pelo réu, tenha que pagar pela prestação de fazer”¹⁶

Com efeito, a tese de possibilitar que o credor exija do devedor o pagamento da quantia necessária para que o terceiro realize a obrigação sob pena de multa, parece plenamente possível. A obrigação de pagar quantia trata-se de obrigação de meio, tendo em vista que apenas possibilita o resultado final que é a obrigação principal.

O ordenamento jurídico prevê a realização do serviço por terceiro, entretanto, parece plenamente cabível que o credor prejudicado com o inadimplemento da obrigação pactuada, diante do princípio da efetividade mencionada anteriormente, possa utilizar-se da técnica coercitiva da multa cominatória.

2.2.2 Obrigação de prestar declaração

Nas ocasiões em que a obrigação de fazer infungível tratar-se sobre declaração de vontade é possível sua substituição, caso o obrigado não realize, diante de provimento do órgão judiciário que substituirá, por sentença, a declaração sonogada nos termos do artigo 501 do Código de Processo Civil.

Esse entendimento demorou para ser aceito em nosso ordenamento diante da tese da suposta agressividade à liberdade do cidadão em ver sua vontade ser substituído por ato judicial motivo que levaria apenas a reparação pelo seu inadimplemento com as perdas e danos.

Após a corrente doutrinária e jurisprudencial terem conceituado a diferença entre a infungibilidade jurídica e material foi possível que houvesse utilização da substituição da vontade pela sentença, uma vez que seus efeitos se fazem perceber no plano jurídico, e não no plano dos fatos. Nesse sentido, Barbosa Moreira explica que “o que se passa, muito simplesmente é que, apesar de não emitida a declaração, os respectivos efeitos se manifestam em virtude da sentença, a partir do trânsito em julgado”¹⁷.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, Técnica processual e tutela dos direitos, cit. P.455 – Didier p.1050.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, ob.cit, p. 210 *apud* Didier DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017 p.648.

Assim, não faz necessária utilização da multa cominatória, vez que o credor pode utilizar de meio mais efetivo e ágil para substituir a vontade não declarada outorgado pelo magistrado e que possui força executiva, ou seja, ele opera imediatamente a sub-rogação e fornece um título que substituirá o contrato definitivo.¹⁸

Araken de Assis cita, contudo, situações em que a sub-rogação abrangeria atividade material do obrigado, como exemplo da promessa de casamento e da promessa de doação nas quais existe impossibilidade de obtenção de provimento substitutivo de vontade. Nesse caso, não haveria maneira de sub-rogar o vínculo matrimonial, tendo em vista que um dos alicerces é a vontade personalíssima das partes nos termos do artigo 1514 do Código Civil.

2.2.3 Obrigações de fazer infungíveis

O credor nas obrigações de fazer infungíveis possui diversos meios para obter a satisfação da sua obrigação. Dentre elas dispõe da coerção patrimonial do devedor com o intuito de obter exatamente a obrigação infungível nos termos do artigo 536, §1º do Código de Processo Civil.

No entanto, cumpre salientar conforme lições de Araken de Assis que o credor também pode optar em utilizar dos meios sub-rogatórios para satisfação da obrigação, uma vez que é preciso verificar o interesse do credor em transformar a obrigação infungível em fungível.

2.4 Multa coercitiva nas obrigações de não fazer

Conforme analisado ao definir a classificação das obrigações, as obrigações de não fazer se dividem em instantâneas e permanentes. No caso das obrigações permanentes é possível que se obrigue o réu em realizar o seu desfazimento, no caso do descumprimento da obrigação, tendo em vista que os efeitos perduram no tempo, como exemplo, com nunciação de obra nova na qual a parte realiza uma construção indevida no local do credor.

¹⁸ ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.865.

No caso das obrigações instantâneas, é impossível o retorno ao status quo ante depois do inadimplemento da obrigação, como exemplo, revelar os sigilos fiscais de determinada pessoa. Nesse sentido, Cassio Sacripinella Bueno:

“Aquelas, as obrigações de não fazer instantâneas, não admitem desfazimento. Tão logo prestado o fato, a obrigação é inadimplida, impossível o retorno ao status quo ante. Ajustou-se que uma emissora de TV não transmitiria a final do campeonato. Com a transmissão, inadimpliu-se a obrigação, sendo inviável que se “não retransmita” a partida. É impossível voltar no tempo e apagar os efeitos já consumados do inadimplemento. Nestes casos, é fácil perceber que é inviável, do ponto de vista prático, a obtenção de tutela específica, não obstante as diretrizes do artigo 461. A única forma de se tutelar, adequadamente, a específica obrigação de não fazer é admitir a imunização de iminência de dano (...)”¹⁹

Sendo assim, apenas é cabível nas obrigações de não fazer instantâneas a conversão em perdas e danos diante da impossibilidade de aplicação deste instituto.

2.5 Multa coercitiva nas obrigações de pagar quantia

Um dos temas mais controversos sobre o instituto da multa coercitiva é a possibilidade de aplicá-la nas obrigações de pagar quantia. Parte da corrente doutrinária entre eles, Fernando da Fonseca Gajardoni²⁰, Luiz Guilherme Marinoni²¹, Asdrubal Franco Nascimbeni²², defendem sua aplicação.

Pelo entendimento destes doutrinadores a aplicação da multa trouxe maior efetividade nas obrigações de fazer, não fazer e entregar. Sendo assim, o caráter coercitivo seria salutar para tutela que objetiva o pagamento de soma em dinheiro. Essa posição é defendida por Luiz Guilherme Marinoni, antes da mudança do advento do Código de Processo Civil de 2015, ao afirmar que o emprego da multa é “ importante para as tutelas que resultam na imposição do

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2014. Vol.3, p. 404 *apud* ARRUDA ALVIM ARRUDA, Alvim, Novo Contencioso Cível no CPC/2015. De acordo com o Novo CPC – Lei 13.105/2015, ed.1ª edição, São Paulo: RT,2016.

²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC**. In: O Novo Código de Processo Civil, Questões Controvertidas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004

²² NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005

fazer e do não fazer, não há razão para não a empregarmos para dar efetividade às tutelas que objetivam a entrega de coisa e mesmo o pagamento de soma em dinheiro”.²³

Nessa posição minoritária sobre a atipicidade na execução por quantia no Código de Processo Civil de 1973, vale destacar as lições de Marcelo Lima Guerra:

“Ora, não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, *assim, anti-isonômico* que o credor de obrigações de fazer e não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz do caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do *princípio constitucional da isonomia* (igualmente dotado de status de *direito fundamental*), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado §5º do art. 461, do CPC, *a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis*”²⁴

Contudo, a posição acima nunca foi acolhida pelos Tribunais do país, pois entendiam que não havia autorização legal para sua aplicação. Concordo com o entendimento majoritário, uma vez que o regramento para situações de pagar quantia estava disposto no artigo 475, inciso I do Código de Processo Civil de 1973²⁵, no qual é claro que aplicação da multa coercitiva não poderia ser aplicado nos casos de pagar quantia.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, novamente, iniciou um novo debate acerca do tema, pois o artigo 139, inciso IV, prevê a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas também em situações que tenham como objeto obrigação de pagar quantia, senão vejamos:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...) IV - **determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;**”

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 193.

²⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, p. 152 apud DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017. pg. 108

²⁵ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo

Ao analisar o presente artigo 139, inciso IV, resta claro que este é mais ampliativo que o 1º § do artigo 536, tendo em vista que expressamente prevê à execução de pagar quantia, porém para Fredie Didier Jr. sua aplicação deve ser subsidiária às medidas tipificadas conforme o entendimento do enunciado n.12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “ A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do arts. 489, §1º, I e II”.

Nesse sentido, também a lição de Fernando Fonseca Gajardoni sobre o tema da aplicação da multa coercitiva utilizando o artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil:

“diante do risco de violação do correlato dever de efetivação, o juiz, sendo possível, deverá advertir a parte ou o terceiro de que seu comportamento poderá ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Após, sendo constatada a violação, deverá o juiz: (a) aplicar sanções criminais e civis ao litigante improbo; (ii) aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta; e (c) tomar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenha por objeto **prestação pecuniária (astreintes, bloqueio de bens móveis, imóveis, de direitos e de ativos financeiros, restrição de direitos, prolação de decisões substitutivas da declaração de vontade, etc.)**”

Por outro lado, Teresa Arruda Alvim²⁶ defende sua impossibilidade enfatizando que o inciso IV do Artigo 139 do Código de Processo Civil deve ser interpretado “com grande cuidado, sob pena de, se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, pode o juiz lançar mão de medidas típicas das ações executivas lato sensu, ocorrendo completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória”.

Entretanto, mesmo com o novo dispositivo o entendimento tradicional é pelo não cabimento da multa diária, valendo lembrar da existência de mecanismos típicos para expropriação de bens e da existência de multa específica no art. 523, do CPC, de 10% (dez por cento), para o caso de não pagamento da dívida no prazo de 15 (quinze) dias, o que não merece

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 264.

prosperar por tratar-se de natureza distintas. A multa prevista no artigo 523 tem caráter sancionatório, quando as astreintes tem caráter coercitivo. Outro ponto de diferença é o valor fixo da multa do 523, sendo que na multa coercitiva pode ser valores distintos.

O art. 139, inc. IV, do novo Código de Processo Civil, contudo, parece abrir novos rumos sobre a matéria, que poderá ser modificado o entendimento ao passar do tempo devendo o Magistrado fixar astreintes também no caso de descumprimento de obrigação pecuniária alinhando assim com as diretrizes do direito processual atual, que consiste na obtenção de um processo eficaz e célere para obtenção do direito material almejado.

2.6. Fixação de astreintes em relação à fazenda pública

Em relação a possibilidade de fixação de multa coercitiva em face da Fazenda Pública, atualmente, esta discussão está superada diante do julgamento pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em seu Recurso Repetitivo nº.98²⁷ que tratou sobre a tema de ser imposta a multa disposta no artigo 461 do CPC/73, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, imposta ao ente estatal:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA.

Entretanto, a medida apresenta pouca eficácia, pois a o caráter coercitivo da multa acaba não surtindo efeito quando o requerido é o Estado, vez que para execução da multa será necessário habilitação de precatório para o seu pagamento, o que levará anos para ser concretizado e não surtindo o efeito almejado de multa de ser uma pressão psicológica para o cumprimento da determinação judicial.

²⁷ REsp 1474665 / RS, Rel Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 26/04/2017, Dje. 22.06.2017

Diante da situação acima, alguns doutrinadores como Fredie Didier Jr. entendem que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, pode impor a medida executivas contra o próprio agente público responsável por tomar a providência necessária para o fiel cumprimento da decisão judicial²⁸. Esse entendimento é interessante, pois permite que a pressão psicológica que a multa resulta exerça sua finalidade.

Essa também é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

"a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão judicial"²⁹

Contudo, essa corrente também possui críticas relevantes, tendo em vista que o agente público, a rigor, não faz parte do processo, que fora ajuizada em face do Poder Público, o que violaria o princípio do contraditório e da ampla defesa. Esse é o entendimento de Guilherme Rizzo Amaral:

A pessoa física do agente público ou do diretor de uma determinada empresa não integra a relação processual, não tendo, assim, condições de discutir à plenitude seja a existência da obrigação imposta pela decisão judicial, seja a viabilidade de seu cumprimento no prazo determinado pelo Juiz.

Araken de Assis³⁰ também entende que a multa coercitiva não deveria ser aplicada ao agente público, tendo em vista que o sujeito passivo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, e não o indivíduo. Nesse sentido, para tentar resolver a situação exposta entende que ao invés da aplicação da astreinte, no caso do não cumprimento da decisão judicial por parte da Fazenda Pública, deveria o órgão judiciário identificar o agente público competente para praticar o ato, advertindo-o que caso não cumpra com a decisão estaria praticando ato atentatório à dignidade da Justiça previsto no artigo 772, inciso II do

²⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.p. 109. Também entendem ser possível a imposição de multa coercitiva ao agente público, TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, cit. p. 449-450; CUNHA, Leonardo Carneiro da, A Fazenda Pública em juízo, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, n.6.5, p. 140-141

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662

³⁰ ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, pg. 827

Código de Processo Civil e, caso necessário para pressioná-lo psicologicamente aplicar a multa prevista no artigo 77, §2º do mesmo diploma.

O Superior Tribunal de Justiça possui divergência sobre o tema, possuindo entendimentos em ambos os sentidos:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º E 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO. 1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes. 2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental. 3. Parte sui generis na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º). 4. **Como refere a doutrina, "a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio"** (VARGAS, Jorge de Oliveira. *As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se "a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 662). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1399842/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, dj. 25/11/2014, dje 03/02/2015).

No caso em discussão, o Ministro Relator Sérgio Kukina destacou em seu voto que existe controvérsia sobre aplicação de multa astreinte aos agentes públicos, no

âmbito das ações civis públicas, uma vez que estes não podem ser réu na relação processual e por esta razão não foi assegurada o direito a ampla defesa.

Entretanto, ao analisar o presente caso em sede de mandado de segurança entende a possibilidade da fixação da multa coercitiva tendo em vista que a percepção de que o não atendimento da ordem judicial, nas ações em que o Estado é parte, decorre da vontade do agente público que o representa, razão pela qual justifica a condenação do próprio gestor.

Mas a orientação preponderante no Superior Tribunal de Justiça ainda é no sentido contrário;

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental. 5. Recurso especial provido. (REsp 747.371/DF, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 06.04.2010, DJe 26.04.2010).

Pelo voto do relator Ministro Jorge Mussi não caberia aplicação da multa coercitiva, pois existem outras medidas para atuar em face de maus administradores públicos, seja no âmbito criminal ou civil, alegando até a possibilidade de intervenção federal, nos moldes do artigo 34, inciso VI da Constituição Federal.

Entende ainda que a ineficácia destes instrumentos, não podem de sobremaneira autorizar aplicação de um instituto que não prevê expressamente a sua aplicação aos agentes públicos.

Coaduno com o entendimento que é possível aplicação da multa coercitiva em face do agente público, pois essa é a maneira mais eficaz par ao seu cumprimento tendo em vista que você consegue responsabilizar diretamente o autor da resistência, e não a sociedade. O credor da obrigação cobrará o pagamento diretamente do indivíduo e não onera o ente público que já possui inúmeros problemas orçamentários.

3. Critérios para fixação e alteração do prazo para cumprimento, do valor e da periodicidade da multa

A multa como medida de coerção indireta para o cumprimento da obrigação é de fato o meio mais utilizado na prática forense, por sua vez para que seja realizada de maneira efetiva deve ser analisada conjuntamente aos princípios já mencionados, quais sejam, da tipicidade e atipicidade dos meios executivos, do princípio da eficiência, bem como da menor onerosidade da execução e na proporcionalidade e razoabilidade prevista no artigo 8º do Código de Processo Civil.

3.1 Prazo para o cumprimento voluntário da ordem

O artigo 537 do Código de Processo Civil estabelece que o magistrado pode aplicar a multa desde que seja dado “prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Segundo Fredie Didier Jr., o prazo deve ser compatível com as possibilidades materiais e jurídicas para o cumprimento da ordem judicial, pois caso contrário não poderia incidir a multa tendo em vista que essa possui caráter acessório e apenas pode ser aplicado se houver condições para realizar o seu cumprimento.³¹

Sendo assim, não existe um prazo específico para cada situação devendo o magistrado verificar as características da obrigação pleiteada em Juízo, com o intuito de verificar o prazo que essa possa ser cumprida sem causar prejuízos as partes envolvidas. Sempre deve ser levado em conta o bem jurídico que está sendo tutelado no procedimento.

Araken de Assis, também entende que o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação “pode decorrer da lei, da convenção, do título executivo” sendo que no caso de omissão no título deve o magistrado utilizar a termo legal ou contratual. Caso não se verifique

³¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. **Curso de direito processual civil execução**, v. 5. 7. ed.. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 608-609.

nenhuma possibilidade concreta e vinculativa do título, “o magistrado deve fixá-lo através de arbitramento”.³²

Sobre o referido tema, um ponto que surgiu discussão que a doutrina e a jurisprudência começaram a questionar foi o momento em que iniciaria, por parte do executado, o dever de cumprir com a obrigação almejada.

Em um primeiro momento, a jurisprudência inicial entendeu que o prazo inicial para o cumprimento da tutela específica iniciaria com a intimação realizada na pessoa do advogado devidamente constituído nos autos, entretanto, a grande maioria entendia que o referido prazo apenas começaria a fluir após a comunicação da própria parte.

Nesse sentido Dinamarco: “é imperioso que a intimação seja feita pessoalmente ao obrigado, não a seu patrono. Não se trata de intimar a praticar atos de postulação, que são privativos do advogado, mas atos que dependem da atuação pessoal da parte e são estranhos às atividades daquele entregar, fazer, abster-se).”³³

Para solucionar a questão, o Superior Tribunal de Justiça acabou entendendo pelo posicionamento da intimação pessoal conforme edição da Súmula n.º 410: a prévia intimação do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer e não fazer”.

Entretanto, mesmo após edição da referida Súmula surgiu uma nova discussão nos tribunais do país, qual seja, o momento em que se considerariam aperfeiçoada a intimação pessoa do devedor. Existiam duas correntes sobre o tema, sendo que a primeira entendeu que ela estaria aperfeiçoada no momento em que a parte recebesse o mandado/carta de intimação/citação ou pela segunda corrente no momento da juntada do mandado/carta nos autos do processo.

³² ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.838.

³³ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, volume IV, página 525.

Nesse sentido, o Tribunal do Rio de Janeiro chegou até editar Súmula entendendo que o prazo apenas iniciaria após a juntada da carta/mandado aos autos, editando Súmula referente ao assunto:

Súmula n.º 159: o prazo para cumprimento da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou dar flui da data da juntada aos autos do mandado de intimação devidamente cumprido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também apresenta alguns julgados nesse sentido:

“EXECUÇÃO DE TAC – EMBARGOS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – DESCUMPRIMENTO INCONTROVERSO – MULTA DIÁRIA – "ASTREINTE" FIXADA PELO JUÍZO – CUMULATIVIDADE COM A MULTA COMINATÓRIA FIRMADA NO TAC – ADMISSIBILIDADE, COM FULCRO NOS ARTS. 461, § 4º, E 645, AMBOS DO CPC – VALOR FIXADO – REDUÇÃO – IMPERTINÊNCIA – **TERMO INICIAL – DATA DA JUNTADA AOS AUTOS DO MANDADO DE CITAÇÃO DA COEXECUTADA** – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

II- Considerando o disposto nos arts. 461, § 4º, e 645, ambos do CPC, é cabível a fixação de multa diária ("astreintes") na presente execução de obrigação de fazer, vez que a multa diária por atraso no cumprimento da obrigação possui natureza diversa da penalidade aplicada pelo descumprimento do TAC firmado e tem como objetivo assegurar a eficácia do comando judicial que fixa a obrigação de fazer ou de não fazer.

(...)

IV- Em relação à fixação do termo inicial das "astreintes" aplicadas pelo MM. juiz "a quo", na esteira do que entendeu a douta Procuradoria de Justiça, de rigor considerar como correta a data do dia seguinte à juntada do mandado da coexecutada Cristina Aparecida Lima Salmazo. (TJSP; Apelação 0001063-82.2014.8.26.0515; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Rosana - Vara Única; Data do Julgamento: 26/11/2015; Data de Registro: 02/12/2015)

Entretanto, a corrente majoritária e seguida pelo Superior Tribunal de Justiça corresponde a segunda corrente, entendendo que termo inicial ocorre a partir do momento em que a parte recebe o mandado/carta, não possuindo relevância a data de sua juntada aos autos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. SÚMULA Nº 83/STJ. ARTS. 241, I, E 620 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. DEFICIÊNCIA. CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO. COMANDONORMATIVO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 284/STF. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.1.

Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).2. Revela-se deficiente a fundamentação do recurso especial que indica como malferido dispositivo legal desprovido de comando normativo capaz de desconstituir o acórdão hostilizado (Súmula nº 284/STF). 3. **É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a multa cominatória (astreintes) tem incidência a partir da data em que realizada a intimação pessoal do devedor para que cumpra a obrigação de fazer a ela relacionada.** 4. Impossível infirmar, na via especial, a conclusão da Corte local a respeito da data em que efetivamente se deu a intimação pessoal da parte, quando tal premissa tenha resultado do exame de prova documental regularmente encartada aos autos, haja vista a inteligência da Súmula nº 7/STJ. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1688145 / DF, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, dj. 27/05/2019, data da publicação 29.05/2019)

Esse entendimento parece ser o mais correto à luz dos princípios da efetividade e razoável duração do processo, pois não parece cabível que o credor necessite aguardar a juntada do mandado/carta pelo serventuário, para que possa iniciar a contagem do prazo para o cumprimento da obrigação. Diante da alta demanda em nossos Tribunais, o que ocasiona acúmulo de serviços nos cartórios, pode ocorrer uma demora de semanas ou até meses para que o mandado seja juntado aos autos.

Após superada a primeira divergência sobre a contagem do início do prazo para aplicação da multa, houve promulgação da Lei 11.232/05 que introduziu o artigo 475-J no Código de Processo Civil, trazendo mais efetividade na prestação jurisdicional, uma vez que fora admitido que a parte fosse intimada na pessoa de seu advogado para o pagamento da condenação.

Diante do novo entendimento jurisprudencial houve um novo questionamento doutrinário acerca da possibilidade da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, também nas obrigações de fazer e não fazer.

A 3ª e 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entenderam que mesmo com o advento da nova legislação seria necessário a intimação da parte para que o iniciasse o prazo para o cumprimento da obrigação sob pena da aplicação da multa. Assim, entendeu que não seria válida a intimação apenas em nome do advogado constituído nos autos. (AgRg no AREsp 204.653/MG, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 10/2/2015,

DJe 18/2/2015) e (EDcl no REsp 1492933/SP, Rel. Moura Ribeiro, 3ª Turma, dj. 25/04/2017, dje. 09/05/2017).

Entretanto, em sede de embargos de divergência (EAg n.º 857.758/RS) com o intuito de uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento sobre a questão foi reformado, no sentido de perceber ser cabível a intimação apenas em nome do advogado constituído nos autos, tendo em vista alteração legislativa Lei n.º. 11.232/2005.

Nesse sentido, o referido acórdão:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE APRECIA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER. ASTREINTES. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Os embargos de divergência em agravo de instrumento, apresentados contra acórdão que ingressa na apreciação do mérito do recurso especial, não encontram óbice na Súmula 315/STJ. Precedentes.

2. **A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado** porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, sendo certo que, para este último, consoante entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS, admite-se a intimação, via advogado, acerca da multa do art. 475-J, do CPC; (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à multa do art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC; (v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras "arapucas" processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto.

3. Assim, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do "cumpra-se", mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado. Em suma, o cômputo das astreintes terá início após: (i) a intimação do devedor, **por intermédio do seu patrono**, acerca do resultado final da ação ou acerca

da execução provisória; e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação. 4. Embargos de divergência providos.³⁴

O posicionamento da Relatora no referido acórdão em relação ao Enunciado 410 da Súmula/STJ, qual seja, “a prévia intimação pessoal do devedor constituiu condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” teria sua eficácia restrita apenas às obrigações regidas pelo sistema anterior à reforma promovida pelas Lei 11.232/2005 e 11.382/2006.³⁵

Nesse sentido, também o entendimento do Professor Cassio Scarpinella³⁶ de que a aplicação do entendimento da Súmula 410 do STJ não pode ser generalizada, pois existem duas situações diferentes para sua aplicação, quais sejam, a primeira na situação em que o executado é intimado para realizar o pagamento da multa que já incidiu em seu desfavor, resultando apenas na cobrança do valor já previamente fixado. E outra hipótese, seria a obrigatoriedade da intimação *pessoal* do devedor em todos os casos, para o cumprimento da ordem proferida pelo magistrado, mesmo com advogado devidamente constituído. Diante da diferença das hipóteses o professor concorda com o posicionamento da 2ª Seção do STJ.

O entendimento aplicado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça parece o correto, pois contribui com um processo mais célere norteados pelos princípios da efetividade e do tempo razoável do processo, já mencionados anteriormente no trabalho. Entender que ainda é necessária a intimação pessoal da parte é um retrocesso que deve ser combatido, vez que apenas o tempo que decorre entre o despacho que determina a intimação até o efetivo expedição do mandado judicial/ carta de intimação, com o seu devido cumprimento já ocasionaria uma demora excessiva para parte.

Sobre o assunto também deve-se apontar que haveria uma exceção que o referido acórdão não abordou qual seja, a intimação pessoal do executado nos casos em que a parte não possua advogado devidamente constituído, bem como nos casos em que a parte é atendida pela Defensoria Pública ou por advogado dativo, diante da dificuldade de contato direto entre

³⁴ Embargos de divergência em Agravo (EAG) nº. 857.758 – RS (2010/0010160-5), Segunda Seção, relatora Ministra Nancy Andrighi, votação unânime. J. 23.02.2011, DJe 25.08.2011

³⁵ REsp 1121457 / PR, Rel. Nancy Andrighi, dj 12/04/2012, dje 20/04/2012. Nesse julgado, a relatora tratou sobre o aparente conflito com o precedente julgado no EAG nº. 857.758/RS

³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva. 7. ed. São Paulo, 2014, v. 3, p. 416.

as partes. Corroborando com esse entendimento, a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

Na medida em que a parte esteja devidamente representada por advogado é suficiente que ele, o advogado, seja intimado para o ‘fazer’ ou o ‘não fazer’ tal qual determinado, observando-se as regras codificadas sobre esta forma de comunicação de atos processuais (...)

Na hipótese inversa, em que o destinatário da ordem não tem advogado constituído (assim, por exemplo, nos casos em que a determinação é concedida liminarmente com base no artigo 461, §3º, ou em que, por qualquer razão, não há ainda ou mais sic) advogado construído nos autos), é irrecusável que a intimação seja feita diretamente na pessoa do executado(...)

³⁷

Entretanto, mesmo após o julgamento dos Embargos de Divergência n.º 857.758 da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento sobre essa questão continua com posicionamentos destoantes.

Para a Primeira Seção, o prazo para o cumprimento da obrigação inicia-se a partir da intimação pessoal da parte nos termos da Súmula n.º 410.³⁸

No caso da Segunda Seção, o prazo para o seu cumprimento começa a fluir da intimação do advogado, após a publicação no Diário Oficial de Justiça, nos casos em que possua patrono devidamente constituído, porém caso de não possuir mandatário ou ser ele membro da Defensoria Pública, a comunicação sobre ordem judicial deve ser sempre pessoal.

O novo Código de Processo Civil não tratou especificamente sobre necessidade de intimação pessoal da parte ou de seu advogado devidamente constituído, nas obrigações de fazer, de não fazer ou entrega de coisa que constam no artigo 536, entretanto, ao analisar o artigo 513 que trata da regra geral do cumprimento de sentença podemos verificar que o Código adotou o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, já exposto acima.³⁹

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva. 7. ed. São Paulo, 2014, v. 3, p. 415.

³⁸ AgRg no REsp 1.463.935/AM, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 7/4/2015.

³⁹ Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Impugnação rejeitada. Alegada obrigatoriedade da intimação pessoal do devedor. Desnecessidade. Entendimento da Súmula 410 do STJ superado pelo artigo 513, § 2º, I, do CPC/2015, o qual autoriza a intimação do executado na pessoa do Advogado nas execuções posteriores à vigência do CPC/2015, justamente o caso dos autos. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2039989-18.2019.8.26.0000; Relator (a): Maurício Campos da Silva Velho; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/07/2019; Data de Registro: 19/07/201

3.2 Termo final para o cumprimento da obrigação

Após a fixação do termo inicial da multa cominatória prevista no artigo 537, §4º do Código de Processo Civil, importante destacar o seu termo final.

A hipótese ideal após o início da cobrança da multa seria o cumprimento da obrigação judicial, ou seja, realizada a obrigação fixada pelo magistrado cabe a extinção da multa. Importante destacar que o valor da multa entre o período do início ao fim da obrigação é devido pelo devedor.

Ocorre que a extinção da multa pode ocorrer de outra maneira, por exemplo, quando a prestação tornasse material ou juridicamente impossível de ser realizada. Segundo Talamini, identificado pelo magistrado que a obrigação tornou-se impossível de ser prestada, este pode de ofício determinar extinção da multa, contudo, deve sempre observar o contraditório na sua aplicação.⁴⁰ O entendimento é correto, a multa tem caráter coercitivo para obrigar o devedor cumprir com obrigação específica, caso exista impossibilidade no seu cumprimento não poderia persistir a sua incidência pela sua natureza acessória conforme já mencionado.

Outra maneira de verificar a extinção da multa cominatória é o caso no qual o exequente requer a conversão da tutela específica em perdas e danos, conforme disposto no artigo 499 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, poderia o exequente requerer a cumulação do valor da multa, até o momento da conversão, e o valor liquidado em perdas e danos nos termos do artigo 500 do Código de Processo Civil.

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255 –

4. Critérios para fixação e alteração do valor inicial da multa

Os critérios para fixação do valor da multa que os magistrados precisam observar, embora não estejam determinados em nenhuma lei, já possui entendimento assentado nos tribunais e na doutrina, razão pela qual utilizaremos para discorrer sobre o tema os critérios fixados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AREsp n.º 738.682/RJ, quais sejam:

4.1 Tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade)

O artigo 597, caput, do Código de Processo Civil prevê que a fixação da multa será dentro de prazo razoável para o cumprimento da obrigação. A nova redação deste artigo não faz menção, outrora existente no artigo 461, §4º do CPC/73, que determinava apenas “**multa diária ao réu**”.

Apesar de ser muito comum no dia a dia forense a fixação de multa diária, o magistrado pode entender que dependendo da urgência e da natureza da tutela pretendida, a periodicidade pode ser alterada podendo ser definida em minuto, hora, semana, mês, “ tudo a depender dos objetivos que o magistrado pretende conseguir com o emprego desta medida coercitiva à luz das características de cada caso concreto que lhe seja apresentado para exame”⁴¹

Esse entendimento já era utilizado no Código de Processo Civil de 1973, mesmo apenas prevendo a multa diária, diante dos casos das obrigações instantâneas, conforme mencionado por Marinoni em sua obra:

“a multa na forma diária não é adequada para evitar violação de natureza instantânea; quando se teme, por exemplo que alguém pratique um ato ilícito ou mesmo volte a pratica-lo, não é adequado pensar em uma multa que passará a ter valor aumentado após a prática do ato contrário ao direito. A

⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva. 7ªed. São Paulo, 2014, v. 3, p. 408.

incidência da multa em momento posterior ao do ilícito de eficácia instantânea não tem, como é evidente, o poder de inibir sua prática”.⁴²

Diante do caráter acessório da multa coercitiva, a multa diária como prevista no Código de 1973, não evitaria que o ato ilícito ocorresse, nos casos das obrigações instantâneas, tendo em vista que a ordem judicial não conseguiria obter o caráter coercitivo para evitar o referido dano. A nova redação do artigo 537, caput, do Código de Processo Civil adequou o entendimento já estabelecido na jurisprudência e na doutrina.

4.2 Valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado

O artigo 537 do Código de Processo Civil determina que o magistrado, ao aplicar a multa, deve se atentar para que esta seja suficiente e compatível com a obrigação. Sendo assim, os doutrinadores entendem que o conteúdo econômico da obrigação exigida em Juízo deve ser levado em consideração ao determinar o valor inicial da multa.⁴³

A multa, conforme analisado no presente trabalho, visa à realização de determinada pretensão de fazer, não fazer ou entregar coisa, e representa uma forma de exercer pressão psicológica no obrigado para cumprir essa obrigação. Dessa maneira, o valor da multa tem que ser fixado em patamar em que seja para o obrigado mais vantajoso do ponto de vista econômico cumprir a ordem judicial.

Cumprir destacar, conforme ensinamento do Eduardo Talamini, que o artigo 537 não só define as hipóteses de cabimento da multa coercitiva, como também definem os critérios quantitativos ao fazer referência os termos suficiência e compatibilidade da multa com a obrigação principal.⁴⁴

⁴² MARINONI Luiz Guilherme. “Tutela específica: arts 461, CPC, e 84, CDC”. 2.ed. São Paulo: RT,2001, p. 107 *apud* Didier Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017p. 613.

⁴³ (Theodoro Júnior, Humberto. Processo de execução e cumprimento de sentença. p. 246 //// (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84), São Paulo: RT, 2003, p. 247) – Acórdão STJ p.16.

⁴⁴ (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84), São Paulo: RT, 2003, p. 247)-STJ.

No entanto, o arbitramento da multa não precisa ser exatamente o mesmo da obrigação ou o valor econômico tutelado, sendo apenas uma maneira de adequar a efetividade do direito tutelado com a menor onerosidade do devedor.

Sendo assim, conforme entendimento de Cassio Scarpinella Bueno o valor pode ser até superior o valor do contrato ou de eventual cláusula penal para que possua eficácia em atingir sua finalidade de obrigar o executado.⁴⁵

Este entendimento também já foi analisado no Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 8.065/SP que afastou qualquer possibilidade de utilizar para definição do *quantum* da multa coercitiva o instituto da cláusula penal, tendo em vista que esta não pode exceder o valor da obrigação principal.

Esta possibilidade de multa coercitiva, no momento da fixação, poder ser superior ao valor econômico tutelado ou mesmo da obrigação requerida é facilmente encontrado nos casos das obrigações instantâneas. Nesse tipo de obrigação, como a conduta é imediata e após sua omissão ou prática a obrigação pleiteada se encerra, o valor da multa deve ser superior ao valor econômico tutelado para que ela possa coagir o devedor.

Podemos citar como exemplo a fixação de multa para que uma emissora não divulgue no noticiário do dia, uma matéria denegrindo a imagem de um indivíduo. Caso o valor fixado não seja suficiente para que possa influenciar na vontade do devedor, tendo em vista que oportunidade de intimidação é única, dificilmente o dano não ocorrerá.

Outro fator que deve ser analisado será quando a prestação pretendida seja de valor inestimável ou diminuto, o magistrado deve estabelecer a multa com base na equidade, devendo considerar a importância do bem jurídico tutelado.

Segundo lição de Eduardo Talamini quando a obrigação de fazer e não fazer for infungível e não podendo ser auferido o valor monetário da sua obrigação, como exemplo os casos que tratam sobre direito personalismo, a figura do enriquecimento sem causa não pode

⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva. 7. ed. São Paulo, 2014, v. 3, p. 407.

ser configurada, uma vez que não “inexistirá parâmetro para ocorrência de um ganho injustificado para o autor, por receber o crédito da multa”⁴⁶

Pode ser dado como exemplo, necessidade de uma cirurgia de urgência sob pena de risco de vida do paciente, na qual o plano de saúde se nega a autorizar o procedimento cirúrgico, sendo o caso da multa pecuniária ser arbitrada em valor alto para compelir o devedor em cumprir a ordem judicial, tendo em vista que o bem tutelado, qual seja, à vida.

4.3 Capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor

Outro critério que deve ser levado em consideração quanto a fixação inicial da multa coercitiva é a capacidade econômica e de resistência do devedor para avaliar o seu efeito intimidatório sobre ele.

Como bem salienta Araken de Assis, o magistrado deve considerar “o patrimônio do executado - quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude de provável resistência.”⁴⁷

Entretanto, esta análise deve sempre estar em consonância ao princípio da menor onerosidade do executado, pois não pode ser inviável para o executado, bem como ser capaz de leva-lo à insolvência.

Nesse sentido, Calmon de Passos aborda sobre a questão do critério do conteúdo econômica da obrigação com relação a capacidade financeira do devedor:

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

⁴⁶ Talamini, Eduardo, ob. Cit. P. 266 – Acórdão do STJ -p.18.

⁴⁷ ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.829.

expressão econômica da obrigação ou algo de caráter não econômico que importe também em valor.⁴⁸

Outra questão que merece ser analisada é a eventual proveito econômico do executado em não cumprir com determinação judicial. Nesse sentido, os ensinamentos de Guilherme Rizzo Amaral:

Haverá casos em que o réu, embora de patrimônio reduzido, venha a auferir grande vantagem patrimonial justamente pela prática reiterada de conduta que lhe é proibida por dever de abstenção declarado no preceito judicial. É evidente a insuficiência da simples análise do patrimônio do demandado, neste caso, para o cálculo da multa.

Da mesma forma, poderá haver réu de patrimônio abundante, mas que diante de obrigação de pequeno valor e interesse, dispense uma ameaça desproporcional a seu patrimônio para sentir-se pressionado ao cumprimento da ordem⁴⁹

Assim, entende o autor que o comportamento do devedor e o custo/benefício deve ser levado em consideração para averiguar eventual resistência do cumprimento da ordem judicial.

4.4 Possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*)

Na avaliação para fixação da multa também deve o magistrado e o credor atentarem-se ao princípio da boa – fé processual. Em razão do princípio da cooperação das partes, todos devem buscar a solução do processo de forma efetiva, justa e em tempo razoável.

Ocorre que, muitas das vezes, o magistrado impõe a multa por comodidade, quando é possível utilizar de outras maneiras mais rápidas e efetivas para obter o cumprimento da obrigação – como exemplos utilização do artigo 501 do Código de Processo Civil no intuito do magistrado suprir a ausência da manifestação de vontade do réu, expedição de ordem de penhora online, mandado de busca e apreensão ao invés de fixação e multa para que o réu entregue o documento.

⁴⁸ Passos, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Forense: 1995, página 62.

⁴⁹ Amaral. Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010, p. 168.

Esse posicionamento já foi até destacado pelo Ministro Marco Buzzi, em seu voto, no julgamento do REsp n.º 1.006.473/PR:

"a praxe judiciária, ao se deparar com a tutela de obrigações de fazer ou não fazer, é no sentido de valer-se quase que sempre primeiramente da multa, como uma verdadeira panacéia, esquecendo-se, contudo, que o CPC confere ao magistrado a possibilidade de utilização de medidas muito mais eficazes e que rendem o pronto adimplemento da obrigação. É dizer, a maioria das multas fixadas em juízo, a rigor, não teriam cabimento caso a autoridade judiciária refletisse melhor quanto ao cabimento de outras medidas mais eficazes para o caso concreto”.

Em relação ao credor, este também tem o dever de evitar o aumento desnecessário da multa coercitiva ao ficar inerte aguardando o cumprimento espontâneo do devedor, tendo em vista o princípio da boa-fé processual. Nesse sentido, em sua obra, Clóvis do Couto e Silva afirma que não cabe apenas ao credor a efetivação da obrigação principal, mas “caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor.”⁵⁰

Também sobre esta questão foi a conclusão do enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil, definindo que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Diante do exposto, cabe ao credor exercer a pretensão pecuniária da multa em tempo razoável, pois ao não evitar seus próprios prejuízos com o intuito de tornar a multa o principal objetivo do credor, pode cometer abuso de direito.⁵¹ Nesse sentido, identificando que existe outros meios para solução da obrigação deve o credor informar o magistrado, sob pena de perder sua posição de vantagem decorrente da *supressio*.

⁵⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. p.120 *apud* Didier DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.p. 621

⁵¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 610.

5. Possibilidade de alteração e exclusão do valor da multa

O artigo 537, §1º do Código de Processo Civil permite que o magistrado possa alterar o valor da multa fixada anteriormente, caso verifique que: i) essa se tornou ineficaz para o cumprimento da obrigação principal; ii) em virtude de insuficiência ou excesso; iii) ou em caso de fato superveniente ou justa causa para seu descumprimento.

Esse fato ocorre para melhor adequar a multa à sua finalidade, qual seja, coagir o executado em cumprir sua obrigação. Analisando o referido dispositivo, verifica-se que apenas pode ser alterado o valor ou a periodicidade da multa **vincenda**, por possuir efeito *ex nunc*⁵².

Ou seja, o valor não afeta eventual importância acumulada até a decisão do magistrado que decidiu pela sua alteração, bem como apenas incide após o devedor ser intimado conforme observado no artigo 513, §2º a 4º do Código de Processo Civil.

Araken de Assis, em sua obra, traz importante consideração na diferença entre a exclusão da multa e sua modificação superveniente. Segundo o autor, em relação a primeira a multa desaparece retroativamente, podendo ser em todo ou em parte dependendo da situação fática, já na segunda hipótese, a multa continua existindo, tendo a decisão efeito *ex nunc*.⁵³

Sobre a exclusão do valor da multa é importante destacar o disposto no artigo 537, §1º, inciso II do Código de Processo, ao tratar sobre o cumprimento parcial superveniente. No caso da obrigação principal ser passível de quantificação, e o executado apenas conseguir cumprir parcialmente com esta, poderá o magistrado excluir parte da multa desde o momento em que houve o seu adimplemento, sendo assim, com eficácia *ex tunc*, retroativa à data da satisfação parcial.⁵⁴

⁵² Nesse sentido, ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, P.832 e DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 614

⁵³ ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, P.832

⁵⁴ Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 615.

Segundo Freddie Didier, esta possibilidade decorre na natureza acessória da multa, “que deixa de incidir automaticamente quando já não é mais objetivamente possível cumprir a ordem de fazer ou não fazer, ou quando ela já foi satisfeita, total ou parcialmente.”⁵⁵ Neste caso, o magistrado apenas está reconhecendo que parte da obrigação foi realizada motivo pelo qual não havia motivo para da aplicação da multa.

A questão de maior relevância sobre o tema é a revisão do valor da multa na fase de pleitear a cobrança do valor acumulado da multa, tendo em vista que a jurisprudência dos Tribunais utilizava o §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 para alterar seu valor na fase de execução.

Para utilização do referido artigo, o entendimento da jurisprudência e da doutrina era de que apenas a pretensão exposta em Juízo, no caso a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, estaria acobertada pela imutabilidade da coisa julgada, sendo assim a multa seria apenas um mecanismo para o seu cumprimento podendo ser alterada em qualquer momento. Nesse sentido, os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

(...) Mesmo quando a multa seja estabelecida na sentença final, o trânsito em julgado não impede ocorra sua revisão durante o processo de execução; ela não integra o mérito da sentença e como simples medida executiva indireta não se recobre do mando da *res judicata*.⁵⁶

Sobre o tema, houve o julgamento do recurso repetitivo ratificando esse posicionamento no julgamento do Recurso Especial nº. 1.333.988/SP:

A outra tese de que trata este recurso especial representativo da controvérsia diz respeito à "possibilidade de rediscussão do cabimento das astreintes após preclusão do 'decisum' que as cominou ". Quanto a esse ponto, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a multa cominatória não integra a coisa julgada, sendo apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente

⁵⁵ Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 615

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. Revista de Processo, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos tribunais, jan/mar. 2002.

.(...)

Destarte, na esteira desses julgados acima colacionados, proponho a consolidação da tese nos seguintes termos: "a decisão que comina astreintes não preclui, tampouco faz coisa julgada". (Recurso Especial n.1.333.988/SP. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, dje 11/04/2014)

Entretanto, com a nova lei processual em vigor houve a alteração da redação do artigo 461 do CPC, mencionando expressamente que a alteração do valor ou periodicidade da multa apenas poderia ocorrer na multa vincenda, ou seja, um novo debate surgiu para verificar a possibilidade de o magistrado reduzir a multa vencida.

Nesse sentido, existem três correntes sobre o tema: i) entende que é impossível a redução do crédito no momento da execução, por estar expresso no artigo que apenas pode ser alterado a multa vincenda; ii) existe a possibilidade de alteração do valor da multa, devendo sempre observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como impossibilidade do enriquecimento sem causa da parte iii) a possibilidade está prevista no artigo 537, § 1º, por entender que o verbo “excluir” possibilita sua redução.

Na primeira corrente podemos mencionar Tereza Arruda Alvim Wambier, que sobre o tema menciona “A norma se refere à multa vincenda, sugerindo que a decisão que a excluir ou a rever tem efeito ex nunc, não retroagindo para alcançar a multa vencida e não paga”⁵⁷. Assim, o magistrado poderia apenas reduzir o valor da em relação as prestações vincendas.

Na segunda corrente podemos mencionar Fredie Didier Júnior⁵⁸ e Rafael Caselli Pereira que defendem necessidade de princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para a manutenção ou redução do valor da multa coercitiva.

⁵⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier; Maria Lúcia Lins Conceição; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; Rogerio Licastro Torres de Mello. Primeiros comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico]: artigo por artigo. Código de Processo Civil; Parte Especial; Livro I; Título II; Capítulo VI; Seção I; Art. 537. No mesmo sentido: “Controvertia-se, na vigência do CPC/1973, sobre ser possível a redução do valor da multa que já houvesse incidido. O § 1.º do art. 537 do CPC/2015 é claro no sentido de que apenas o valor ou a periodicidade da multa vincenda pode sofrer alteração.”

⁵⁸ Fredie Souza Didier Jr.; Leonardo Carneiro da Cunha; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de direito processual civil: execução, v.5. p. 617

Por fim, a terceira corrente esta Araken de Assis conforme já mencionado anteriormente, entendendo que a palavra excluir garante a possibilidade do magistrado em excluir no todo ou parte o valor da multa.

Contudo, essa questão apresentada pela doutrina referente a mudança da redação do artigo não fez com que houvesse mudança no entendimento já anteriormente consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO APELO NOBRE. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DAS ASTREINTES. INSURGÊNCIA DA PARTE ADVERSA. INVIABILIDADE. DECISÃO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial segundo a qual a multa cominatória deve ser fixada em valor razoável e proporcional, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, podendo ser revista em qualquer fase do processo, até mesmo após o trânsito em julgado. Precedentes. 2. Na hipótese vertente, verifica-se que foi dado à causa o valor de R\$ 750.000,00, sendo que a multa cominatória foi arbitrada em R\$ 50.000,00 por dia, chegando ao total de R\$ 3.100.000,00, relativo a 62 dias de descumprimento da obrigação. Dessa forma, impõe-se a redução das referidas astreintes para o montante de R\$ 124.000,00, correspondente ao valor de R\$ 2.000,00 por dia, corrigidos monetariamente desde a data da intimação para o cumprimento da obrigação de fazer, a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1411374 / PR, Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, dj.20.08.2019, dje 23.08.2019)

Diante do entendimento acima, os Tribunais passaram, na fase execução, a reduzir o quantum fixado no final da multa coercitiva, toda vez que houvesse possibilidade de gerar enriquecimento sem causa para o autor.

Assim, o enriquecimento sem causa disposto no artigo 884 do Código Civil deveria ser aplicado quando o crédito resultante da aplicação da multa atingisse montante que ultrapassasse o valor correspondente monetário da obrigação inadimplida ou que fosse contrário aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Entretanto, outra parte da jurisprudência e também da doutrina questiona a redução do valor da multa em fase da execução nos casos em que o valor vultoso foi ocasionado pela reiterada e injustificada atitude do devedor, nesses casos, a ênfase à efetividade da tutela jurisdicional deve prevalecer mantendo-se o valor da multa fixada, pois “significaria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de ‘enriquecimento sem causa’”, conforme ensinamento de Eduardo Talamini.⁵⁹

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, também analisou atitude do devedor para verificar possibilidade de redução do valor da multa. Nesse sentido, o voto da Ministra Nancy Andrichi :

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. PROCEDIMENTO.ASTREINTES. REVISÃO, A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE. DESCASO DO DEVEDOR. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO.1. Embora a sistemática do atual CPC admita como rescindível somente as sentenças de mérito, nada impede que se impugne ponto que não diga respeito ao mérito da controvérsia 2. Após o julgamento de procedência do iudicium rescindens, que produz a invalidação da sentença, a regra é que, reaberto o litígio por esta julgado, cabe desde logo ao próprio tribunal emitir sobre ele novo pronunciamento (iudicium recissorium), que poderá favorecer ou não o autor vitorioso no iudicium rescindens. 3. A multa do art. 461 do CPC não faz coisa julgada material e podese revista a qualquer tempo pelo Juiz, inclusive de ofício, quando se modificar a situação em que foi cominada. Precedentes. 4. **Se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação.** Precedentes. 5. Recurso especial e recurso especial adesivo não providos REsp 1192197 / SC. Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Relator(a) p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento: 07/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 05/06/2012

⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos devedores de fazer e de não fazer – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 257).

Entretanto, no caso do excessivo valor da multa ocorra pela desídia ou má fé do credor, deve ser utilizado o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, bem como da boa-fé processual, já exposto no trabalho. Nesse sentido Guilherme Rizzo Amaral:

(..) quando verificada, por exemplo, a desídia do autor em exigir o cumprimento da tutela específica tão somente para usufruir o crédito resultante da multa, é que o juiz deverá adequar o valor total resultante da incidência da multa. Do contrário, haverá um manifesto descrédito em relação à medida, cuja força restará sempre questionável ante a possibilidade de redução ou até mesmo de supressão do crédito por ela oriundo.⁶⁰

Diante da divergência nos Tribunais entre a redução do valor da multa por causa do enriquecimento sem causa e a manutenção do valor pela ênfase a efetividade jurisdicional, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AREsp n.º 738.682/RJ, proferiu o precedente com o objetivo de uniformizar o entendimento sobre o tema.

Nesse sentido, conforme exposto por Fredie Didier “a revisão do montante acumulado a título de multa coercitiva é possível, mas deve ser visto como algo excepcional”.

⁶¹ Sendo assim, cabe o magistrado sempre realizar o controle do valor e a periodicidade da multa durante a sua incidência, conforme o próprio legislador prevê em seu artigo 537, §1º do Código de Processo Civil, ao mencionar que cabe alteração do valor da multa *vincenda*.

Assim, a alteração do montante já acumulado apenas deve ocorrer quando houver colisão entre os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da vedação do enriquecimento sem causa, conforme exposto no voto do Ministro Luís Felipe Salomão no AREsp n.º. 738.682/RJ:

“De modo a se obter o aperfeiçoamento do primeiro valor (efetividade) no caso concreto, por vezes, o devedor recalcitrante é obrigado a pagar multa em patamar que supera em muito o interesse econômico principal perseguido em juízo. Por outro lado, para a adequação do segundo valor (vedação ao enriquecimento sem causa), frequentemente a multa é reduzida consideravelmente, muito embora na contramão da conduta inerte do devedor, que não cumpriu a decisão e ainda assim consegue suavizar a reprimenda que lhe foi outrora imposta, menoscabando a ordem judicial”

⁶⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª edição. Porot Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 271. –. Nesse sentido, também ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.833.

⁶¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. **Curso de direito processual civil execução**, v. 5. 7. ed.. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 617.

Outro ponto que merece destaque introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a previsão expressa da execução provisória da multa coercitiva em seu artigo 537, paragrafo 3º e 5º, desde que seja configurada o inadimplemento da obrigação dando maior efetividade ao instituto tendo em vista a possibilidade de efetivar a coercitividade em face do devedor.

Deste modo, o novo Código de Processo Civil trouxe elementos que já eram consolidados pela doutrina e pela jurisprudência, contudo, por deixar a redação colidente, poderá ocorrer nos próximos anos uma nova margem de interpretação e mudança de entendimento pelos tribunais do país.

6. Possibilidade de cumulação da multa coercitiva com outros institutos

Após analisarmos a natureza da multa coercitiva no Código de Processo Civil, sob o aspecto de suas principais características, é necessário verificar a possibilidade da cumulação da multa com outros meios sancionatórios ou coercitivos previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

6.1 Multa coercitiva e crime de desobediência

Sobre a possibilidade de cumulação da multa coercitiva prevista no artigo 536, §1º do Código de Processo Civil com a pena prevista para o crime de desobediência que está tipificado no artigo 330 do Código Penal é necessário entender a diferença entre elas. O cumprimento da ordem que veicula a multa coercitiva possui natureza mandamental, razão pela qual poderia haver a subsunção da referida norma penal que descreve:

Desobediência

Artigo 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público.

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Diante do caráter de ordem que possui as decisões de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa, a doutrina começou a entender que o seu descumprimento poderia caracterizar o crime de desobediência, conforme ensinamento do professor Kazuo Watanabe:

Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do crime de desobediência (..)

(...) os atos do demandado que descumpra as ordens judiciais não somente ofendem o direito da parte contrária, como também embaraçam o exercício da jurisdição, e por isso constituem atos atentatórios à dignidade da justiça, numa concepção que se aproxima muito da adotada pelo sistema da Common Law. Para assegurar o cumprimento dessas ordens o nosso sistema processual se vale da pena de desobediência (poderá haver a prisão em flagrante, mas o processo criminal será julgado pelo juiz criminal competente, na forma da lei) e também da multa a ser fixada pelo próprio juiz da causa⁶²

⁶² WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: Teixeira, Salvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44 e 27.

No entendimento dos doutrinadores a possibilidade da aplicação dos dois institutos também deriva da natureza jurídica do crime de desobediência, pois este possui caráter sancionatório de natureza penal, não sendo assim uma medida coercitiva. Nesse sentido, o seu objetivo é punir a conduta do agente que deixa de cumprir com a ordem legal., enquanto, a multa coercitiva seria uma maneira de agir na vontade do devedor para cumprir uma obrigação futura.⁶³

Outro argumento favorável sobre a possibilidade de cumulação dos dois institutos seria o fato de que a conduta do agente estaria desprestigiando o Poder Judiciário ao não cumprir com a ordem judicial, sendo assim perderia um meio para obrigar o cumprimento de suas decisões.

Entretanto, o entendimento dos processualistas civis, não é corroborado com a visão dos criminalistas que entendem apenas ser aplicado o crime de desobediência, no caso do não cumprimento da astreintes, no caso da legislação prever expressamente essa hipótese como ocorre na cumulação do crime de desobediência e a litigância de má fé conforme disposto no artigo 536, §3º do Código de Processo Civil. Nesse sentido, as lições de Damásio de Jesus:

Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no artigo 330 do Código Penal. Significa que inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressaltar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. De sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência. Isso porque a norma extrapenal prevê uma sanção administrativa e não ressalva a dupla penalidade.⁶⁴

O entendimento acima parece o mais correto, pois a multa coercitiva já é o meio para que o devedor cumpra com a obrigação estipulada. Caso a multa seja insuficiente para dissuadi-lo de permanecer inerte a ordem judicial seria porque o valor arbitrado não condiz com a capacidade financeira do devedor devendo ser revisada conforme já exposto no trabalho.

⁶³ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed.

⁶⁴ JESUS, Damasio Evangelista de. Direito Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. IV, página 265.

Sobre a questão o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “o crime de desobediência é subsidiário e somente se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual”⁶⁵

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA ("ASTREINTE"), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ("astreinte") fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência.⁶⁶

No caso concreto, mesmo que a posição dos tribunais e da doutrina penalista não fosse no sentido de impossibilidade da cumulação dos dois institutos, cumpre destacar que o crime de desobediência possui pena máxima abstrata de seis meses de detenção, mais multa, sendo considerada infração de menor potencial ofensivo conforme disposto no artigo 61 e 62 da lei 9.099/95, ou seja, privilegia-se, na persecução penal, a necessidade de recomposição de danos e a aplicação de pena não privativa de liberdade o que torna esta medida inócua para o descumprimento da multa coercitiva, uma vez que o efeito psicológico no devedor seria o mesmo.

Apenas nos casos em que o réu não se enquadrar em algumas das hipóteses de: i) transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.009/95; ii) suspensão condicional do processo previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95 e iii) em caso de condenação, à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 do Código Penal é que poderia ser aplicado a pena privativa de liberdade o que já demonstra a sua inaplicabilidade no caso concreto.

⁶⁵ AgRg no HC 345781 / SC, Rel. Min Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 24.05.2016, Dje 31.05.2016.

⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Habeas Corpus HC 86254 / RS - relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, votação unânime, J. 25/10/2005, DJe de 10.03.2006.

6.2 A multa coercitiva e ato atentatório à dignidade da justiça

O artigo 77 do Código de Processo Civil prevê aplicação de multa de até 20% do valor da causa os casos em a parte não cumpram com exatidão as decisões jurisdicionais ou que crie embaraço à sua efetivação. O objetivo de tal instituto é a busca pela efetividade processual já destacada no item anterior.

Nesse sentido, a possibilidade de cumulação da multa coercitiva do artigo 536, §1º, bem como do artigo 537, com o referido dispositivo é claro tendo em vista o disposto no § 2º do artigo 77:

“a violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta”

Esta possibilidade não se dá apenas por expressa previsão legal, mas diante da diferença entre suas naturezas, beneficiários, finalidades e formas de fixação, pois caso tivessem essas mesmas características, a cumulação seria proibida pela regra do *non bis in idem*.

Ao analisarmos os dois institutos fica claro que possuem com igual característica a busca pela efetividade processual, entretanto, a multa do artigo 536, §1º do Código de Processo Civil tem natureza processual, finalidade coercitiva ao tentar obter a efetivação da decisão do magistrado, bem como o beneficiário é o interessado no cumprimento da decisão conforme dispõe o artigo 537, §2º e deve ser fixado no caso concreto analisando os critérios para sua fixação.

Por outro lado, a multa prevista no artigo 77, §2º possui natureza administrativa e possui como objetivo penalizar a conduta do jurisdicionado, reprimindo atos atentatórios à dignidade da justiça, bem como possui como beneficiário a União ou o Estado dependendo de onde tramita a causa conforme dispõe o artigo 77, §3º do Código de Processo Civil.

Sendo assim, a multa coercitiva tenta coagir a parte em realizar uma conduta futura de fazer, não fazer, enquanto a multa do artigo 77, sanciona um ato pretérito da parte. Nesse sentido, o ensinamento do Cassio Scarpinella sobre a distinção dos institutos:

“ a natureza jurídica das duas multas é diversa. A multa fixada com base no artigo 461 tem natureza coercitiva, relacionada intrinsecamente com a atuação, o mais eficaz possível, sobre a vontade do executado para que ele próprio cumpra a obrigação tal qual ajustada no plano do direito material. A do artigo 14, parágrafo único, tem natureza sancionatória, porque decorre do descumprimento da obrigação fixada no inciso V do dispositivo”⁶⁷

Outra situação que merece destaque é a possibilidade do descumprimento da prestação de fazer ou de não fazer poder ser tipificada pelo disposto no artigo 774, IV do Código de Processo Civil, que prevê a resistência injustificada ao cumprimento da ordem judicial, no âmbito do processo de execução também ser considerado ato atentatório a dignidade da justiça.

7. Conclusão

O objetivo por meio do presente trabalho foi analisar o instituto da multa coercitiva e suas principais características, dentre elas, analisamos, sua natureza jurídica, momento de sua fixação, análise do valor arbitrado, possibilidade de cumulação com outras sanções, a fim de verificar sua importância no nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, foi possível verificar que o instituto possui natureza coercitiva com o intuito de exercer verdadeira pressão psicológica em face do requerido, bem como possui caráter acessório, pois é fixada como medida de apoio ao cumprimento da decisão judicial.

Com a conclusão do trabalho nota-se que a multa coercitiva é um dos principais instrumentos que possuímos no nosso ordenamento para busca da efetividade das decisões judiciais.

Embora a multa coercitiva esteja presente no nosso ordenamento jurídico há muito tempo, a sua aplicabilidade parece estar longe de gerar um consenso na doutrina e jurisprudência, tendo em vista que foi opção do legislador não definir um regramento específico para tratar sobre esse instituto, o que levou os operadores do direito a construir o modo de sua utilização.

O novo Código de Processo Civil ao tratar sobre o tema optou por ampliar algumas questões que no antigo ordenamento não eram passíveis de aplicação, como exemplo a possibilidade de cumprimento provisório da multa, tornando mais eficaz a sua aplicação, uma vez que anteriormente apenas era possível sua execução após o trânsito em julgado da sentença, o que prejudicava o seu caráter coercitivo.

Outro ponto que merece destaque fora a questão da alteração do valor arbitrado pela multa coercitiva que agora é tutelado pelo artigo 537, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, no qual manteve o entendimento da maior parte da doutrina e jurisprudência referente a viabilidade do magistrado alterar o valor da multa arbitrada, durante o processo, ou caso entenda necessário podendo até excluí-la.

Desta maneira, a atual lei processual criou alguns mecanismos que ensejam a adequação da multa à obrigação. Porém, a nova legislação não construiu um regramento para caracterizar se o valor é excessivo ou insuficiente. Esta omissão do legislador acerca da possibilidade da multa poder ultrapassar o da obrigação principal é de grande preocupação, pois caso o entendimento que prevaleça seja que existe enriquecimento sem causa por o valor ser superior, acarretará em inúmeros recursos questionando a revisão dos seus valores podendo enfraquecer sua aplicabilidade.

Outro ponto que também merece destaque em relação à multa coercitiva é a capacidade econômica e de resistência do devedor. Deverá ser observada a capacidade econômica do devedor, especialmente, em atenção ao princípio da menor onerosidade do executado, para que, com a ponderação, se chegue num valor que tenha finalidade coercitiva, mas que não leve o executado à falência, por exemplo.

Dessa maneira, para solucionar as questões relativas ao instituto sempre deve ser observado a sua própria natureza, sob pena de ser aplicá-la de maneira incorreta, ocasionando o seu desvirtuamento.

Referências

ARRUDA, Alvim, Novo Contencioso Cível no CPC/2015. De acordo com o Novo CPC – Lei 13.105/2015, ed.1ª edição, São Paulo: RT,2016.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porot Alegre: Livraria do Advogado Editora, ano 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva. 7. ed. São Paulo, v. 3, ano 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da, A Fazenda Pública em juízo, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, n.6.5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Curso de Direito Civil, obrigações, 7. ed. rev. amp. atual. Salvador, 2013.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, et. al. Curso de direito processual civil execução, v. 5. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo; Malheiros, v. IV, ano 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. In: O Novo Código de Processo Civil, Questões Controvertidas. Vários autores.São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Guerra Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, cit..

JESUS, Damasio Evangelista de. Direito Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. IV.

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

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, ob.cit, p. 210 – Didier p. 648.

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

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Forense: 1995,

SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo, Editora FGV, 2006.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução e cumprimento de sentença.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. Revista de Processo, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos tribunais, jan/mar. 2002

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art.273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.