

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – COGEAE

DANIELA RODRIGUES DA SILVA

**DA MULTA COMINATÓRIA E DA SUA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA**

São Paulo

2013

DANIELA RODRIGUESDA SILVA

**DA MULTA COMINATÓRIA E DA SUA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA**

Monografia apresentada à
PUC/COGEAE, como exigência parcial
para aprovação no Curso de
Especialização em Direito Processual
Civil em Módulos.

Orientação da Professora Doutora Karen
Cristina Lavoura Lima

São Paulo

2013

DANIELA RODRIGUESDA SILVA

**DA MULTA COMINATÓRIA E DA SUA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA**

Monografia apresentada à
PUC/COGEAE, como exigência parcial
para aprovação no Curso de
Especialização em Direito Processual
Civil em Módulos.

Orientação da Professora Doutora Karen
Cristina Lavoura Lima

São Paulo

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os principais aspectos que envolvem a multa cominatória, instituída pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, bem como sobre a possibilidade de executá-la provisoriamente.

Para tanto, é necessária a abordagem de alguns conceitos e questionamentos. Inicialmente, é feita uma análise, de forma sucinta, a respeito de ação, processo e jurisdição. Depois disso, passa-se para um breve estudo sobre as garantias fundamentais e o acesso à Justiça. Mais adiante, há uma exposição a respeito do instituto das obrigações (dar, fazer ou não fazer) e da tutela antecipada. Após, ingressa-se no tema proposto, qual seja, a multa cominatória e a sua execução provisória.

No trabalho apresentado também há uma reflexão sobre o procedimento para imposição e cobrança da multa, o *quantum*, sua periodicidade e cumulatividade. São abordadas, ainda, questões referentes ao beneficiário e momento da execução da multa.

No decorrer do estudo há a demonstração do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça com relação às questões polêmicas tratadas relacionadas às *astreintes*.

Foi realizada análise doutrinária e jurisprudencial sobre todos os aspectos tratados.

Palavras-Chave: Multa. Obrigação de fazer. Obrigação de não fazer. Medida liminar. Coercibilidade. Exigibilidade. Efetividade. Proporcionalidade. Razoabilidade.

ABSTRACT

The present work analyzes the main aspects that involve an injunction fine established by Article 461 of the Code of Civil Procedure, as well as the possibility to execute it provisionally.

Therefore, the approach of some concepts and questions is necessary. Initially, an analysis is made, briefly, about action, procedure and jurisdiction. After that, it goes to a brief study of the fundamental safeguards and access to justice. Further, there is an exhibition about the Institute of obligations (to give, do or not do) and early relief. After, if it joins the theme, namely, an injunction fine and its provisional application.

In the work presented there is also a reflection on the proceedings for imposition and collection of fines, the quantum, periodicity and cumulative. Are also addressed issues relating to the beneficiary and the time of execution of penalty.

During the study there is a demonstration of the current understanding of the Superior Court of Justice with respect to controversial issues addressed related to astreintes.

Doctrinal and jurisprudential analysis was performed on all treated aspects.

Keywords: Fine. Obligation to do. Obligation not to do. Injunction. Coercivity. Chargeability. Effectiveness. Proportionality. Reasonableness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
I - JURISDIÇÃO, PROCESSO e AÇÃO.....	10
1. Jurisdição.....	10
1.1 Princípios fundamentais da jurisdição.....	11
1.2 Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária.....	12
2. Processo.....	13
3. Ação.....	14
II -GARANTIAS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA.....	15
1. Breve histórico das garantias fundamentais.....	15
2. Conceito de garantias fundamentais.....	16
3. Acesso à justiça.....	17
III - DAS OBRIGAÇÕES.....	19
1. Conceito de direito das obrigações.....	19
2. Das obrigações de dar, fazer e não fazer.....	20
2.1 Obrigações de dar.....	20
2.2 Obrigações de fazer.....	25
2.3 Obrigações de não fazer.....	26
IV - TUTELA ANTECIPADA.....	28
1. Da tutela jurídica.....	28
2. A tutela definitiva e a tutela provisória.....	29
2.1 Tutela definitiva.....	29
2.2 Tutela provisória.....	31
3. O poder geral de cautela concedido aos magistrados.....	33

4. Da fungibilidade entre as cautelas inominadas.....	36
5. Antecipação da tutela e tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa.....	37
5.1 Tutela específica.....	37
5.2 Tutela efetiva.....	39
5.3 As ações de obrigação de fazer e não fazer e sua natureza.....	40
5.4 Pressupostos para antecipação de tutela nos termos do artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil.....	41
V - MULTA COMINATÓRIA.....	44
1. Origem, natureza e hipóteses de incidência.....	44
2. Momento de incidência da multa.....	47
3. Valor da multa cominatória.....	52
4. Beneficiário da multa.....	57
5. Possibilidade de cumulação da multa cominatória com a multa prevista no artigo 14, § único, do Código de Processo Civil.....	59
VI - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA MULTA COMINATÓRIA.....	62
1. Execução provisória.....	62
2. Execução da multa cominatória: forma e exigibilidade.....	68
VII - O ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	75
CONCLUSÃO.....	77
BIBLIOGRAFIA.....	79

INTRODUÇÃO

No atual momento do processo civil brasileiro, as medidas que visam a agilidade da execução, assim como a garantia do recebimento do crédito pelo exequente, ganham notoriedade e estão sendo cada vez mais aplicadas. A multa prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil é um exemplo desses institutos.

A pesquisa ora apresentada objetiva analisar em que momento a multa cominatória poderá ser aplicada, expondo ainda seu conceito, fundamentos, requisitos, consequências, aplicabilidade, demonstrando as divergências doutrinárias e o entendimento jurisprudencial que cercam o tema.

O estudo sobre a multa se inicia com um exame geral das obrigações, até chegar ao enfoque particular, que trata do momento da exigibilidade da multa cominatória prevista no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil.

A análise do tema está dividida em sete capítulos distintos, porém, interligados.

O primeiro capítulo é destinado à apreciação da jurisdição, processo e ação. Na jurisdição, serão explorados, além do seu conceito, os princípios fundamentais que a norteiam, assim como a diferenciação de jurisdição contenciosa e voluntária.

No segundo capítulo, haverá uma exposição sobre as garantias fundamentais e o acesso à Justiça. Além de conceito, será demonstrada que as garantias fundamentais constituem instrumentos de proteção do homem frente ao Estado. Quanto ao acesso à Justiça, ficará evidenciado que ela representa uma

garantia de que as pretensões dirigidas ao Poder Judiciário serão analisadas e julgadas.

Já o terceiro capítulo é destinado às obrigações. Nele, serão abordados temas como o conceito do direito das obrigações e das obrigações de dar, fazer e não fazer, especificamente, trazidos pelo Direito Civil vigente, assim como suas especificações.

O quarto capítulo é destinado ao estudo da tutela antecipada. Serão tratadas as tutelas definitivas e provisórias, específicas e efetivas, assim como a fungibilidade entre as cautelares inominadas. Ademais, será feita uma análise a respeito do poder geral de cautela e os pressupostos para a antecipação de tutela prevista no artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil.

No quinto capítulo o tema proposto será abordado. Aspectos como origem e natureza da multa, o momento de sua incidência, suas características, o valor aplicado, quem será o beneficiário da multa, entre outros, serão tratados.

O sexto capítulo abordará a possibilidade de execução provisória da multa, a divergência doutrinária existente e o entendimento jurisprudencial acerca da sua execução.

Por fim, no sétimo capítulo haverá uma exposição sobre as alterações trazidas no anteprojeto do Código de Processo Civil.

Também serão tratadas no trabalho, de forma breve, as medidas de apoio que o magistrado possui para aplicação da tutela específica, dispostas no § 5º, do artigo 461 do Código de Processo Civil.

A produção do trabalho enfoca a seguinte indagação: a multa cominatória prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil possui exigibilidade para ser executada, principalmente antes do trânsito em julgado da ação que a originou?

Vale destacar que a presente pesquisa não visa esgotar todas as possibilidades que enredam o tema sugerido, mas tentar esboçar, de forma concisa, os aspectos que o envolvem, buscando solucionar a problemática proposta de forma razoável e em consonância com a ordem jurídica.

I- JURISDIÇÃO, PROCESSO e AÇÃO

1. Jurisdição

Para que possa haver um agrupamento social organizado no aspecto jurídico, é preciso que o Estado estabeleça, através de seu ordenamento, atribuições de direitos e deveres dos cidadãos. É, portanto, através da função legislativa que a ordem jurídica é estabelecida.

Em regras gerais, as normas são aceitas e obedecidas pela população. Entretanto, como existem exceções, além do fato das leis serem imperativas, coube ao Estado adotar medidas de coação para que seu ordenamento não fosse ignorado.

Para desempenhar tal função é que se estabeleceu a jurisdição.

Humberto Theodoro Junior¹ ensina que jurisdição é “o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

A função jurisdicional só atua diante de um caso concreto de conflito de interesses, devendo haver, para tanto, invocação dos interessados.

Imperioso ressaltar que não são todos os conflitos de interesses que se compõem por meio da jurisdição, mas apenas os que configuram lide ou litígio. Esses, por sua vez, correspondem a um evento anterior ao processo, se tornando condição essencial para sua instauração.

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42

Um dos fins primários do Estado é dirimir conflitos. Pelo fato dos cidadãos não poderem resolver suas controvérsias pelas próprias mãos, o Estado passou a deter não apenas o poder jurisdicional, mas também o dever jurisdicional.

Com base nesses aspectos, Humberto Theodoro Junior² conceitua jurisdição como “a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.

1.1 Princípios fundamentais da jurisdição

Alguns princípios norteiam a jurisdição. São eles:

a) Juiz natural: só o órgão considerado competente pela Constituição Federal é que pode exercer a jurisdição. Não é permitido que o legislador ordinário crie juízes ou tribunais de exceção para julgamento de certas causas, nem mesmo dê aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Carta Política;

b) A jurisdição é improrrogável: os limites do poder jurisdicional são traçados na Constituição Federal. Não pode o legislador alterar os limites para as justiças especial e comum, seja para menos ou para mais;

c) A jurisdição é indeclinável: o órgão a quem a Carta Magna atribui poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional, e não a mera faculdade. Não pode haver recusa quando legitimamente provocado, tampouco delegar a outros órgãos o seu exercício;

d) Inércia: a atividade jurisdicional só se desenvolve quando provocada;

² Op. Cit., p. 43

e) Indeclinabilidade: a legislação não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer tipo de lesão a direito, bem como não pode o magistrado se recusar a aplicar o direito;

f) Inevitabilidade: nenhum obstáculo pode ser admitido a fim de impedir a jurisdição de exercer sua atividade;

g) Indelegabilidade: as atribuições do Poder Judiciário só podem ser exercidas pelos seus órgãos, sendo vedada qualquer transferência de competência aos demais Poderes;

h) Definitibilidade: uma vez analisada a pretensão e decidida a questão, a sentença torna-se imutável, impossibilitando a reapreciação da questão por qualquer outro poder.

1.2 Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

A jurisdição civil pode ser contenciosa ou voluntária, conforme disposição do artigo 1º do Código de Processo Civil.

A contenciosa é aquela em que o Estado desempenha sua função na resolução de conflito ou composição. Pressupõe controvérsia a ser solucionada pelo magistrado.

Por sua vez, a jurisdição voluntária é aquela em que o juiz realiza a gestão pública em torno de interesses privados. Para José Frederico Marques³, a jurisdição é “atividade administrativa de caráter judiciário, em negócio jurídico onde a intervenção estatal é *conditio sine qua non* para que este se realize ou se complete. Como consequência, essa atuação estatal é substancialmente constitutiva, devendo

³ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1962, p. 307

acrescentar-se que a lei a exige com o fim primacial de prevenir lides ou lesões futuras, como bem salienta Carnelutti.” Não há lide, nem partes, mas apenas um negócio jurídico-processual envolvendo o juiz e os interessados.

2. Processo

Para que o Estado possa exercer sua função jurisdicional, é preciso que sejam criados órgãos especializados. Todavia, esses órgãos não podem atuar de forma livre e discricionária, sendo, então, subordinados a um método ou sistema de atuação, que caracteriza o processo.

Do pedido da parte até a prolação da sentença, onde o provimento jurisdicional é concedido, existem uma série de atos que constituem os procedimentos judiciais, sendo seu conteúdo sistemático o processo.

Para Humberto Theodoro Junior⁴ processo pode ser representado como “método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.”

Moacyr Amaral Santos⁵ conceitua processo como “uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide, e tem como compor a lide: resolvê-la conforme os mandamentos da ordem jurídica, quer dizer, resolver conflito segundo a vontade da lei”.

O processo desempenha três funções distintas: a) verificar a efetiva situação jurídica das partes (processo de cognição); b) realizar a situação jurídica apurada

⁴ Op. Cit., p. 55

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11/12

(processo de execução); c) estabelecer as condições necessárias para que se possa pretender a prestação jurisdicional (condições da ação).

3. Ação

O interessado possui um poder jurídico frente ao Estado que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter definição de situações jurídicas controversas. Isso nada mais é que o direito de ação, de natureza pública, por se referir a uma atividade pública do Estado.

Para o autor e para o réu, a ação se reveste como direito a um pronunciamento estatal que resolva o litígio, independentemente de qual seja a solução dada pelo juiz, desde que coloque fim a incerteza ou insegurança gerada pelo conflito instalado originalmente.

A ação é um direito abstrato, que existe independentemente da existência ou não do direito substancial que se pretende reconhecer e executar.

II- GARANTIAS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA

1. Breve histórico das garantias fundamentais

Os direitos fundamentais da pessoa humana representam os valores mínimos, básicos, a serem observados. No Brasil, assim como em diversos países pelo mundo, esses direitos estão consagrados nas Constituições e visam uma direção do poder público, garantindo que o sistema jurídico fará uma destinação e proteção da pessoa humana.

Salvador Franco de Lima Laurino⁶, citando Norberto Bobbio, ensina que os direitos fundamentais são direitos históricos:

Os direitos fundamentais são direitos históricos. Nas palavras de Norberto Bobbio, eles nascem em situações de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. “A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento dos direitos dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego...”.

O reconhecimento dos direitos fundamentais pelo poder público é uma luta muito antiga, encontrando manifestações na Antiguidade e na Idade Média. Porém, o ápice dessa luta é representado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que culminou na Revolução Francesa. A Declaração francesa, como é chamada, é considerada pelos historiadores como a representação de um momento decisivo, que marca o fim de uma época e o início de uma nova.

⁶ LAURINDO, Salvador Franco de Lima. Tutela jurisdicional: Cumprimento dos deveres de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43

Em 1948, depois do fim da Segunda Guerra Mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo esse o momento mais marcante de reconhecimento dos direitos humanos pelas nações, definindo os valores essenciais para o homem. Pela primeira vez um sistema de princípios fundamentais de conduta humana havia sido aceito pela maioria dos governos das nações.

2. Conceito de garantias fundamentais

Os direitos fundamentais consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado.

Luiz Guilherme Marinoni⁷ leciona os direitos fundamentais podem ser vistos nos sentidos material e formal:

A CF confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), seja inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF), e assim protegendo-os não apenas do legislador ordinário, mas também seu poder constituinte reformador.

Os direitos fundamentais podem ser vistos nos sentidos material e formal. Nesse último sentido, pensa-se nos direitos fundamentais catalogados sob o Título II da CF, embaixo da rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais”. Porém, admite-se a existência de direitos fundamentais não previstos nesse Título. Tais direitos seriam fundamentais porque repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, quando se diz que possuem uma fundamentalidade material.

O art. 5º da CF – primeiro artigo do Título II – afirma, no seu §2ºm que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, §2º, da CF institui um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69

De modo que, se a CF enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não significa que outros direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – não possam estar inseridos em outro dos seus Títulos, ou mesmo fora dele.

Por sua vez, Guilherme Puchalski Teixeira⁸ entende que os direitos fundamentais exigem o requisito da fundamentalidade:

Segundo abaliza a doutrina, os direitos fundamentais exigem o requisito intrínseco da fundamentalidade, que pode ser entendida sob a perspectiva forma ou material.

Segundo Canotilho, notável jurista lusitano, em raciocínio que pode ser adaptado ao constitucionalismo brasileiro, a fundamentalidade formal, assinala diferentes dimensões: (1) são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) encontram-se submetidas a limites materiais de reforma, representando direitos pétreos; (3) são normas diretamente aplicáveis e vinculam de forma direta e imediata as entidades públicas (CF, art. 5º, §1º).

A fundamentalidade material indica conteúdo de direito constitutivo das estruturas básicas do Estado de determinada sociedade. Traduz o conteúdo do direito que se propõe ou se afirma como fundamental. A essa noção de fundamentalidade material deve-se o reconhecimento de direitos fundamentais não expressos no texto constitucional ou mesmo a revitalização daqueles já previstos no texto constitucional. Pelo que se vê do art. 5º, §2º, da CF/88, a Carta vigente instituiu um sistema aberto à fundamentalidade material, não impedindo, portanto, o reconhecimento de novos direitos, quanto mais o reconhecimento de novas perspectivas em relação aos direitos já reconhecidos.

Citando Sarlet, o mesmo autor conceitua direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas das esferas de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento da Constituição formal.

3. Acesso à justiça

⁸ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52

O acesso à justiça pode ser considerado como acesso a uma ordem jurídica justa. Está consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,

Todavia, o acesso à justiça não pode ser visto como simples acesso aos Tribunais; seu conceito é muito amplo.

Para Antônio Luiz Bueno de Macedo⁹, acesso à justiça quer dizer:

Hoje, o processo está sendo avaliado pelos seus resultados externos e pela sua utilidade prática; acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, à garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

O acesso à justiça, então, pode ser considerado como o direito à jurisdição. Representa a garantia de que as pretensões dirigidas ao Poder Judiciário serão aceitas, processadas e julgadas, concedendo a tutela jurisdicional a quem tiver razão.

Além disso, deve ser considerado como pressuposto de eficácia de todos os demais direitos da ordem jurídica.

⁹ MACEDO, Antonio Luiz Bueno de. Medidas processuais de urgência – Doutrina, legislação, prática. São Paulo: J.H. Mizuno, 2005, p. 71

III- DAS OBRIGAÇÕES

1. Conceito de direito das obrigações

Maria Helena Diniz¹⁰ conceitua o direito das obrigações da seguinte forma:

O direito das obrigações consiste num complexo de normas que regem relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito de outro. Incluiu, portanto, apenas os direitos pessoais ou de crédito que regem vínculos patrimoniais entre pessoas, impondo ao devedor o dever de dar, fazer ou não fazer algo no interesse do credor, que passa a ter o direito de exigir tal prestação positiva ou negativa.

Já Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf¹¹, ao discorrerem sobre as idéias gerais das obrigações, ensinam:

Todo direito, seja qual for sua natureza, pessoal ou real, encerra sempre uma ideia de obrigação, como antítese natural. Direito e obrigação constituem, realmente, os dois lados da mesma medalha, o direito e o avesso do mesmo tecido. Sob esse aspecto, numa imagem feliz, houve quem afirmasse que as obrigações são como as sombras que os direitos projetam sobre a vasta superfície do mundo. Podemos deixar assentado, efetivamente, que não existe direito sem a respectiva obrigação, nem obrigação sem o correspondente direito. Bem exprime essa ideia velho adágio jurídico: *jus et obligatio sunt correlata*.

Por sua vez, Fernando Noronha¹², destaca:

Uma relação jurídica é um vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à realização de determinadas finalidades. Por esta via, poderemos dizer que obrigação é a realização jurídica em que uma pessoa (ou mais de uma) pode exigir de outra (ou de outras) uma prestação que satisfaz um interesse da primeira (ou das primeiras). Quem exige tem o nome de credor, quem deve é o devedor, a prestação é designada de prestação debitória, esta há de atender a um interesse do credor. O que pode ser exigido

¹⁰ DINIZ, Maria Helena Diniz. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito civil – Direito das obrigações. 38ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15

¹² NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29

do devedor (prestação debitória) é suscetível de variações infinitas: dinheiro, prestação de um serviço, entrega de uma coisa, uma pura e simples abstenção.

2. Das obrigações de dar, fazer e não fazer

2.1 Obrigações de dar

Segundo Maria Helena Diniz¹³, “a obrigação de prestação de coisa vem a ser aquela que tem por objetivo mediato uma coisa que, por sua vez, pode ser certa ou determinada (CC, arts. 233 a 242) ou incerta (CC, arts. 243 a 246).”

A obrigação de dar coisa certa ocorre quando o objeto é constituído por um corpo certo e determinado, gerando ao devedor a obrigação de entregar ao credor uma coisa individualizada.

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf¹⁴ discorrem sobre o tema:

Examinemos, primeiramente, a obrigação de dar coisa certa, que consiste no vínculo jurídico pelo qual o devedor fica adstrito a fornecer ao credor determinado bem, perfeitamente individuado, que tanto pode ser móvel como imóvel. A coisa certa há de constar de objeto preciso, que se possa distinguir, por características próprios, de outros da mesma espécie, a ser entregue pelo devedor ao credor, no tempo e pelo motivo devidos.

Por se tratar de coisa certa, ademais, o devedor só fica exonerado de sua obrigação quando entregar efetivamente o bem estabelecido.

O Código Civil vigente ainda determina que a obrigação de dar coisa certa abranja não apenas o principal, mas também os acessórios.

¹³ O. Cit., p. 110-111

¹⁴ Op. Cit., p. 73

Cabe ao devedor a guarda e conservação da coisa a ser entregue, inclusive defendendo-a judicialmente contra terceiros.

No caso do objeto se perder sem culpa do devedor e antes de realizada a tradição, ou quando pendente alguma condição suspensiva, a obrigação será considerada resolvida entre os contratantes. Nessa hipótese, em se tratando de contrato de compra e venda, o prejuízo será apenas do vendedor, pois ainda seria o proprietário da coisa. Todavia, se a coisa se perder depois de realizada a tradição, o prejuízo nesse caso será do comprador, que já passou a ser o proprietário da coisa, exceto se ficar demonstrada a existência de fraude ou negligência do vendedor.

Se a coisa se deteriorar sem culpa do devedor, o credor poderá escolher se considera a obrigação extinta, ou se aceita o bem no estado em que se encontra, com abatimento do prejuízo no preço.

Porém, se a coisa perecer por culpa do devedor, ficará ele responsável pelo pagamento do equivalente, além de indenização por perdas e danos. Se, entretanto, a coisa se deteriorar por culpa do devedor, o credor poderá exigir o equivalente em dinheiro, ou aceitar a coisa no estado em que se encontrar e pleitear indenização por perdas e danos.

Nos contratos em que o devedor ficou obrigado a entregar coisa certa, havendo melhoramentos ou acréscimos, esses serão do devedor, que poderá exigir o aumento do preço ou a resolução da obrigação caso o credor não concorde em pagar a diferença.

Havendo frutos, aqueles percebidos até a tradição serão do devedor, já os pendentes ao tempo da tradição serão do credor, aplicando-se, nesse caso, o princípio de que o acessório segue o principal.

A obrigação de entregar coisa certa só confere ao credor simples direito pessoal, e não real. Assim, se o devedor, depois de realizado o negócio, transmitir o bem a um terceiro, não poderá o credor voltar-se contra esse último e dele exigir a entrega. O credor, então, deverá cobrar a reparação dos danos do devedor ou, havendo fraude ao credor, socorrer-se de ação revocatória ou pauliana.

Na doutrina civilista, há quem distinga as obrigações de dar e entregar. Porém, como bem destacam Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf¹⁵, o ordenamento jurídico é o mesmo para as duas modalidades:

Há quem distinga as obrigações de dar das de entregar, reservando a primeira denominação para as relações jurídicas em que se objetive transferência do domínio, ou de outros direitos reais, e a segunda para simples concessão de uso temporário.

Carlos de Carvalho, na sua Recopilação (art. 856), distinguiu as duas espécies. Mas, como ensina Lacerda de Almeida, não há fundamento para essa distinção, que nem sequer pode ser levantada em face do nosso direito positivo, posto que, em alguns textos, se refira o Código Civil de 2002, explicitamente, à obrigação de entregar, como acontece com os arts. 1.400 e 566, n. I. O ordenamento jurídico é o mesmo, porém, para as duas modalidades de obrigações.

Do princípio "aliud pro alio" – Vejamos agora quais as disposições legais que as regem. Em primeiro lugar, o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa. É a velha máxima *Nemo aliud pro alio invito creditore solvere potest* (Dig., Liv. 2, § 1º - *De rebus creditis*), e que em nosso Código Civil de 2002 encontrou agasalho no art. 313, bem como no art. 92 do malogrado Projeto do Código das Obrigações, de autoria do Prof. Orlando Gomes.

O devedor não pode realmente liberar-se mediante entrega de coisa diversa da ajustada, porque não lhe é lícito, unilateralmente, modificar o objeto da prestação. O verdadeiro adimplemento é específico, sem possibilidade de sub-rogação ou de substituição através de prestações diferentes, salvo anuência do credor. Não pode o devedor, destarte, exemplificativamente, substituir a coisa devida pelo respectivo valor. De outro modo, estaria a transformar arbitrariamente em alternativa a obrigação simples.

Não pode o devedor, outrossim, constranger o credor a receber coisa diferente, a pretexto de que seja mais valiosa. Multiplicadas ao infinito seriam certamente as demandas se não houvera aquela disposição legal. A todo instante, estariam os devedores e oferecer prestações diversas das pactuadas, a que se seguiriam impugnações dos credores, bem como perícias destinadas a comprovar ou desmentir as assertivas das partes, com evidente prejuízo para a boa distribuição da justiça.

Conseqüentemente, ainda que se trate de coisa mais valiosa, a regra é sempre esta: o credor não pode ser obrigado a receber uma prestação pela outra. A recíproca também é verdadeira: o credor não pode exigir coisa diferente, ainda que menos valiosa.

¹⁵ Op. Cit., p. 76-77

(...)

O disposto no art. 313 do Código Civil de 2002 exclui a possibilidade de compensação nos casos de comodato e depósito (art. 373, n. II). Realmente, se uma das obrigações em causa decorre de algum desses contratos, o credor tem direito de receber, de volta, a própria coisa emprestada ou depositada. Em tais obrigações, portanto, o pagamento efetua-se mediante a própria restituição da coisa. Admitir compensação, nesses casos, baseados precipuamente na confiança que deve reinar entre os contratantes, seria desnaturar a feição peculiar dessas obrigações, que apenas são satisfeitas, liberando o devedor, com a própria devolução da coisa, ressalvados para o depósito os casos previstos nos arts. 636 e 638 da lei civil de 2002.

Outra conclusão a extrair-se do citado art. 313 do Código Civil de 2002: o devedor não pode desobrigar-se por partes, se assim não convencionado; a entrega parcelada só se torna possível mediante pacto expresso (...).

Finalmente, na obrigação de dar coisa certa, se o devedor entrega uma coisa por outra, incide em erro, que o autoriza a demandar a repetição.

A obrigação de dar coisa incerta é aquela em que o objeto é indicado de forma genérica no início da relação, sendo determinada em um ato de escolha por ocasião do seu adimplemento.

A prestação dessa obrigação não apresenta indeterminação em sentido absoluto, já que será indicado pelo menos o gênero e a quantidade da coisa.

Além disso, o estado dessa indeterminação é transitório: a coisa precisa ser determinada por um ato de escolha, chamado de concentração, se manifestando através de atos apropriados, como a separação e a expedição.

As partes devem combinar a quem ficará o dever da escolha: se ao credor, devedor ou terceiro. Se nada for disposto a respeito, a concentração caberá ao devedor. Se a escolha ficar a cargo do credor, ele será citado para esse fim, sob pena de perder o direito. No momento da execução dessa obrigação o bem deve estar individualizado. Se a escolha do objeto couber ao devedor, ele será citado para entregá-lo individualizado.

Uma vez feita a escolha pelo devedor, e cientificado o credor a respeito, a obrigação passa a ser de dar coisa certa.

Se o gênero do objeto da obrigação foi limitado, surge uma obrigação quase genérica, haja vista existir uma delimitação por ser ele circunscrito, às coisas que se acham em lugar certo ou sejam relativas a determinada época. Se o gênero for limitado e ocorrer o perecimento das espécies que o compoñham, a obrigação será extinta, desde que não ocorra nenhum fato imputável ao devedor.

Dentre as obrigações de dar, existe a de solver dívida em dinheiro, que consiste na prestação de dívida pecuniária, dívida de valor e dívida remuneratória.

A obrigação pecuniária representa o valor nominal da moeda, impresso na cédula. Pelo Código Civil atual, o pagamento em dinheiro far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação. Seu adimplemento ocorrerá apenas mediante apólices, cheques ou títulos de crédito, se o credor aceitar. Havendo prestações sucessivas, o devedor ficará com o prejuízo de eventual desvalorização ou envelhecimento da moeda, caso não haja cláusula de atualização da prestação. Poderá ainda o órgão judicante atualizar monetariamente o valor da prestação em caso de contrato de execução continuada, a pedido da parte interessada.

A dívida de valor não possui o dinheiro como objeto propriamente dito. Ela visa o pagamento de dinheiro que não é objeto da prestação, mas apenas um meio de medi-lo ou valorá-lo. O objeto é uma prestação de outra natureza, sendo o dinheiro apenas um meio de liquidação da prestação em determinado momento. Um clássico exemplo desse tipo de obrigação é o direito a alimentos.

Já a dívida remuneratória decorre da obrigação de pagar prestação de juros. Ela deve ser determinada em contrato ou em lei.

2.2 Obrigações de fazer

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf¹⁶ brilhantemente conceituam obrigações de fazer:

Nas obrigações de fazer, a prestação consiste num ato do devedor, ou num serviço deste. Qualquer forma de atividade humana, lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação. Os atos ou serviços, que se compreendem nas obrigações de fazer, se apresentam sob as mais diversas roupagens: trabalhos manuais, intelectuais, científicos e artísticos. Mas não são apenas os serviços que se objetivam nas obrigações de fazer. O mesmo ocorre no tocante a certos atos que traduzam alguma vantagem para o credor, posto não encerrem a execução de qualquer trabalho pelo devedor, ou não se classifiquem como trabalho, tais como a promessa de recompensa, a obrigação de quitar, a de locar um imóvel, a de prestar fiança, a de reforçar uma garantia, a de formar sociedade, a de renunciar certa herança, a de sujeitar-se ao juízo arbitral, a de obter fato de terceiro e muitas outras mais.

A obrigação de fazer pode ser entendida como a obrigação que vincula o devedor a prestação de um serviço ou ato, seja ele material ou imaterial, a ser praticado por ele ou por um terceiro, em benefício de alguém, seja do credor ou de um terceiro.

Conforme será abordado mais adiante, a *astreinte* serve de medida coercitiva às ações que visam o cumprimento, em tempo razoável, de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

Existem dois tipos de obrigação de fazer:

a) De natureza fungível: é uma obrigação que só pode ser executada pelo próprio devedor, seja pela natureza da obrigação ou por disposição contratual;

b) De natureza infungível: é a obrigação onde o ato pode ser realizado pelo devedor ou por um terceiro. Nesse caso, o credor determinará a execução do ato e

¹⁶ Op. Cit., p. 110

eventual recusa ou mora recairá à custa do devedor, sem prejuízo de indenização por perdas e danos.

Se a prestação não puder ser cumprida sem culpa do devedor, a obrigação será considerada resolvida, havendo devolução de eventuais valores pagos.

No caso da obrigação não ser resolvida por culpa do devedor, ele será responsável pelo pagamento de perdas e danos, convertendo a prestação no seu equivalente pecuniário.

Também pode ocorrer recusa do devedor ou inadimplemento voluntário da obrigação de fazer que não se tornou impossível.

Se uma prestação infungível não for cumprida, o devedor ficará responsável pelo pagamento de perdas e danos.

Se, todavia, a obrigação for fungível e o devedor ficar inadimplente ou moroso, o credor poderá mandar executar o fato por um terceiro, à custa do devedor, sem prejuízo do pedido de perdas e danos.

Por fim, em caso de urgência, o credor poderá, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, requerendo posteriormente, contra o devedor inadimplente, o ressarcimento das despesas.

2.3 Obrigações de não fazer

A obrigação de não fazer é aquela em que o devedor deve se abster de realizar algum ato que poderia praticar livremente se não tivesse obrigado negativamente para atender determinado interesse jurídico do credor ou de um terceiro.

O descumprimento da obrigação poderá se dar de duas formas, como assevera

Maria Helena Diniz¹⁷:

1º) Pela impossibilidade da abstenção do fato, sem culpa do devedor, que se obrigou a não praticá-lo, resultando exoneração do devedor (CC, art. 250). Se ele se obrigara, p. ex., a não impedir a passagem de pessoas vizinhas em certo atravessadouro de sua propriedade, e recebe ordem do poder público para fechar essa passagem, ter-se-á extinção da obrigação sem culpa do obrigado, por ser-lhe impossível abster-se do ato que se comprometera a não praticar.

2º) Pela inexecução culposa do devedor, ao realizar, por negligência ou por interesse, ato que não podia, caso em que o credor (CC, art. 251) pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa e de o credor obter o ressarcimento das perdas e danos, exceto se a reposição ao estado interior o satisfazer plenamente. Se for impossível ou inoportuno desfazer o ato, o devedor sujeitar-se-á à reparação do prejuízo. No caso, p. ex. do obrigado que se compromete a não revelar segredo de uma intervenção industrial ou a não publicar certa notícia e o faz, não há como desfazer seu ato; e o único remédio será a sanção de pagar indenização das perdas e danos. É preciso lembrar que, pelo art. 390 do Código Civil, “nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”. Praticado o ato a cuja abstenção estava obrigado o devedor pela lei ou pelo contrato, o credor tem direito subjetivo de requerer ao magistrado que assine prazo para o seu desfazimento e para a execução da obrigação.

Na hipótese de haver urgência, o credor pode desfazer ou mandar desfazer o ato, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento dos danos e gastos suportados com o inadimplemento da obrigação.

¹⁷ Op. Cit., p. 115

IV- TUTELA ANTECIPADA

1. Da tutela jurídica

O objetivo precípua do sistema processual é garantir a efetividade da ordem jurídica através da tutela jurisdicional.

Mas o que vem a ser a tutela jurisdicional?

Teori Albino Zavascki¹⁸ assim a conceitua:

Tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar, e, figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir. É com esse sentido que o verbo e os substantivos *tutor* e *tutela* dele derivados, são empregados na linguagem jurídica, nomeadamente nas expressões *tutela jurídica* e *tutela jurisdicional*. Com efeito, o Estado, que tem por objetivos fundamentais criar uma sociedade livre, justa solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos ou discriminações, na qual se garanta o bem de todos (art. 3º da Constituição), e que, para isso, exerce a administração pública e cria as normas reguladoras da convivência social, assumiu também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensando aos indivíduos lesados ou ameaçados pela violação delas a devida *proteção*. Nenhum obstáculo pode ser posto ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que fará a “apreciação” de qualquer “lesão ou ameaça a direito”, segundo dispõe o art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional. Assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos.

Já Antônio Luiz Bueno de Macedo¹⁹ frisa:

Tutela Jurisdicional adequada é a prestação de uma decisão (sentença) que aprecie uma pretensão processual desenvolvida através de procedimentos diferenciados, de conformidade com as diferentes situações de direito material. É através da cognição que se propiciará a devida adequação do procedimento às diferentes situações de direito material. Será a cognição plena ou parcial, exauriente e sumária.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5

¹⁹ Op. Cit., p. 59

O compromisso do Estado de prestar a tutela jurisdicional, isso é, de apreciar lesões ou ameaças a direitos, caracteriza um dever, que deve ser atendido do modo mais eficaz possível. Igualmente, constitui um poder estatal, e sujeita suas decisões à toda população, inclusive com emprego de medidas de coação, caso necessário.

O significado de tutela jurisdicional possui total relação com o da atividade de atuar a jurisdição e com o resultado dessa atividade, significando a reclamação em juízo de existência de direitos e a imposição de medidas necessárias à manutenção ou reparação desses direitos.

A tutela jurisdicional é classificada de três formas:

- a) cognição ou conhecimento: trata da efetiva apreciação das lesões ou ameaças a direitos, onde há juízo em sentido estrito, com a prolação de uma sentença;
- b) execução ou executiva: são as atividades realizadas para garantir o cumprimento do direito reconhecido como existente. Nada mais é que a execução de atividades para transformar em realidade a vontade concreta (e já reconhecida) da lei;
- c) cautela: são as medidas acauteladoras ou preventivas que objetivam garantir que o tempo não prejudicará a eficácia das tutelas de cognição e de execução.

2. A tutela definitiva e a tutela provisória

2.1 Tutela definitiva

A tutela pode ser concedida em um número ilimitado de situações, já que não se destina apenas a reparar lesão que alguém tenha sofrido (tutela reparatória ou sancionatória), mas também para evitar que a lesão venha a ocorrer (tutela preventiva).

Ademais, a tutela será conferida em processo onde as partes envolvidas tenham igualdade de condições no processo, especialmente para fazer suas alegações, produzir provas, interpor recursos, etc.

Esgotadas as oportunidades das partes invocarem suas alegações e fazerem uso das garantias do devido processo legal, pronunciado o juízo, a atividade jurisdicional será considerada concluída, tornando a decisão proferida imutável.

Dessa forma, é possível dizer que duas características estão presentes na tutela definitiva: a) ela será construída em um processo de cognição exauriente; b) possui o caráter de definitividade.

Citando Kazuo Watanabe, Teori Albino Zavascki²⁰ explica que a cognição pode ser visualizada em dois planos distintos: horizontal e vertical. Vejamos:

A cognição, no processo civil, segundo observou Kazuo Watanabe, pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada. “De sorte que, segundo a nossa visão”, diz Watanabe, “se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. (...) Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais”.

O procedimento comum ordinário é considerado como o modelo para outros processos, já que se presta a uma cognição integral, em qualquer dos planos: horizontal ou vertical.

²⁰ Op. Cit., p. 19-20

Há, contudo, situações em que o procedimento comum não se presta a atender as peculiaridades do caso a ser enfrentado, pelo fato de ser mais lento em razão da sua formalidade. Nesses casos, devem ser fixados limites à cognição no plano horizontal, restringindo o campo das pretensões de direito material. Em situações como essa, há a cognição parcial (plano horizontal) e exauriente (plano vertical).

A cognição exauriente pode se operar tanto do procedimento ordinário como sumário.

Nos processos de execução também encontramos a cognição exauriente. Embora o contraditório na ação executiva seja praticamente inexistente, o executado está amparado pelo seu direito constitucional de ampla defesa.

Imperioso salientar que o direito ao contraditório e à ampla defesa, garantidos pela Constituição Federal, assim como a cognição exauriente, não podem ser vistos como sinônimo de procedimento ordinário.

Uma vez concedida, a tutela jurisdicional assumirá caráter definitivo perante as partes envolvidas, ante a sua imutabilidade.

A cognição exauriente e a coisa julgada material possuem elementos básicos que justificam sua existência: a manutenção da paz social e que ela seja feita mediante decisões justas.

2.2 Tutela provisória

Para a concessão da tutela provisória, é necessária a existência de uma situação de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição, que podem ser traduzidos como o risco de dano a um determinado direito, risco de ineficácia da execução, etc.

Diferentemente do que ocorre na tutela definitiva, na tutela provisória nem sempre é dada à parte contrária a possibilidade de contraditório, já que isso pode ser prejudicial à entrega do que está se postulando. Dessa forma, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega do que postula no tempo e condições adequadas, a fim de proteger efetivamente o bem da vida reclamado.

Sem a efetividade, a tutela jurisdicional ficará comprometida, podendo se tornar inútil e sem sentido.

A urgência ligada à tutela provisória deve ser analisada em sentido amplo, pois pode estar presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.

Teori Albino Zavascki²¹ ainda destaca que a tutela provisória é formada à base de cognição sumária:

Outro elemento caracterizador da tutela especial ora tratada está relacionado com o nível vertical de cognição: a tutela provisória é formada à base de cognição sumária, no que diz respeito à profundidade. Enquanto na tutela definitiva se busca juízo de certeza, aqui a tutela jurisdicional é conferida à base de juízos de verossimilhança. É que, em se tratando de tutela para hipótese em que há, em alguma medida, urgência, sua concessão acaba sendo necessariamente incompatível com a demora – inafastável – exigida para o atendimento simultâneo e completo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

“Cognição sumária”, define Watanabe, “é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”. Menos aprofundada em relação a quê? Menos aprofundada em relação à cognição exauriente prevista para a correspondente tutela definitiva. Esse o parâmetro de comparação: a cognição, na tutela provisória, é sumária, isto é, menos profunda do que a cognição prevista para a tutela definitiva à que se acha referenciada.

A tutela provisória guarda necessária relação com a tutela definitiva.

Imperioso destacar que não se pode confundir processo sumário com cognição sumária. O processo sumário é autônomo e gera uma prestação jurisdicional definitiva, de cognição exauriente. Por sua vez, a cognição sumária advém da tutela jurisdicional

²¹ Op. Cit., p. 32

não autônoma, de caráter temporário e inapto a constituir coisa julgada material, estando sempre relacionada a uma tutela definitiva.

A cognição sumária autoriza juízos de probabilidade, verossimilhança, aparência, *fumus boni iuris*. Diferentemente da cognição exauriente que visa a segurança jurídica, o objetivo da cognição sumária é garantir a efetividade da tutela.

A tutela provisória é concedida em caráter precário e condicionada a vigorar por um tempo determinado.

Os critérios da finalidade e necessidade são utilizados para fixar o limite temporal da tutela.

As sentenças prolatadas nas ações cautelares não produzem coisa julgada, já que as medidas cautelares podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo.

3. O poder geral de cautela concedido aos magistrados

O artigo 798 do Código de Processo Civil consagra o poder geral de cautela concedido aos juízes, para que, quando haja receio de lesão, adote medidas provisórias antes do julgamento da demanda. Com efeito, é do seguinte teor referido dispositivo:

Artigo 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

O poder de cautela é qualificado pela doutrina como inominado ou atípico, já que está situado fora das cautelares nominadas ou típicas.

Os magistrados podem, então, determinar medidas provisórias que julgarem adequadas, desde que evidenciados os pressupostos legais da tutela cautelar inominada ou atípica.

Luiz Orione Neto²² ressalta que o legislador teve intenção de que a situação de fato e a consequência jurídica ligada ao artigo 798 do Código de Processo Civil tivessem uma relativa indeterminação:

Toda norma contém uma situação de fato e uma consequência jurídica, e, nesse sentido, o art. 798 não é nenhuma exceção. Sem embargo, para esse preceito, o legislador considerou conveniente que ambos os elementos se mantenham numa relativa indeterminação, com o fim de que, posteriormente, possa ser regulada sua aplicação ao caso concreto. Com efeito, é lícito afirmar que o art. 798 integraria o grupo de preceitos denominados flexíveis ou elásticos, criados com amplitude necessária para permitir maior adaptação à realidade, possibilitando que o resultado de sua aplicação possa ajustar-se melhor à função e espírito que preconiza a regra que consagra o poder geral de cautela do juiz. Enquanto em uma norma cautelar típica se regulam concretamente os pressupostos que configuram o substrato fático, assim como os efeitos ou consequências jurídicas que dimanam daquele, em um preceito como o art. 798 ocorre o contrário.

Parte da doutrina entende que o poder geral de cautela é considerado discricionário, já que, uma vez presentes os pressupostos previstos na lei, os magistrados poderão, segundo seus critérios, aplicar as medidas que entenderem adequadas.

Outra parte, entretanto, acredita que os juízes têm o dever de conceder as medidas, desde que presentes os requisitos. Luiz Orione Neto²³ é um dos que se filiam a esse entendimento, destacando que:

Concessa venia, a norma inserta no art. 798 não confere ao juiz um poder discricionário, uma vez que o juiz não tem a discricionariedade de escolher entre conceder ou não o provimento cautelar atípico se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há, nesses casos,

²² NETO, Luiz Orione. Processo cautelar. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135

²³ Op. Cit., p. 135-136

aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador na norma agir ou se omitir, tomar ou não uma medida.

Em rigor, a norma do art. 798 vale-se de conceitos vagos ou indeterminados – e.g., “fundado receio”, “lesão grave e de difícil reparação”. Mas ao interpretar um conceito vago ou indeterminado, o juiz não tem o poder de decidir livremente. Como bem assinala Flávio Cheim Jorge, “a função do Poder Judiciário, ao contrário do Executivo, é de dizer a lei, dizer o direito, e o direito não pode ser dito de diversas formas diferentes, todas válidas e queridas. Tanto assim é que o próprio sistema fornece aos seus jurisdicionados meios de impedir que existam entendimentos conflitantes, como ocorre com a uniformização de jurisprudência e o recurso especial pela divergência jurisprudencial”.

Em suma, na interpretação de conceitos vagos ou indeterminados, se os pressupostos da cautela atípica ou inominada estiverem presentes, o juiz tem o dever, e não a faculdade, de concedê-la, bem como o dever de indeferi-la se os pressupostos estiverem ausentes.

Vale destacar que, para concessão das medidas cautelares, é necessário que a demanda principal esteja em curso.

Humberto Theodoro Junior²⁴ ressalta que o procedimento da medida provisória atípica não é diferente do processo cautelar específico:

O procedimento da medida provisória atípica não é diferente do processo cautelar específico. É movido pelo exercício da ação cautelar, por parte do titular dela, que assim condiciona o exercício, “*in concreto, da função*” do juiz competente, da jurisdição. E a ação cautelar, como qualquer outra ação, é caracterizada basicamente pela bilateralidade, isto é, pelo seu exercício por um sujeito em confronto com outro sujeito.

Assim, a ação cautelar há de resultar do exercício do poder-direito de condicionar, *in concreto*, a jurisdição, para fazer atuar, na devida oportunidade, uma adequada situação de cautela.

Como regra, portanto, as medidas cautelares inominadas devem ser objeto de processo cautelar instaurado ou provocado pela parte, no exercício do direito de ação. Só excepcionalmente, nos casos em que a lei prevê expressamente a possibilidade de atividade cautelar *ex officio* é que o juiz poderá adotar medidas provisórias atípicas sem provocação da parte.

Os pressupostos para que os juízes utilizem o poder geral de cautela são: a) plausibilidade ou probabilidade de um direito, também chamado de *fumus boni iuris*; b) o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, conhecido por *periculum in mora*.

²⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Processo Cautelar. 24ª Ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária, 2008, p. 97-98

Existem limites, todavia, para o poder geral de cautela. Esses limites são visualizados através de certas condutas e proibições prescritas pela doutrina, que servem como norte para as ações dos juízes, como por exemplo: a) a real necessidade da concessão da medida (interesse de agir); b) deferir medidas satisfativas, ainda que condicionada a posterior reposição; c) conceder medida que exceda o bem protegido na ação principal (bem de outra natureza); d) conceder uma tutela atípica, quando o objetivo perseguido pode ser alcançado com uma tutela típica; e) observar os requisitos de admissibilidade das demais cautelares: legitimidade, competência, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; f) preexistência do direito material.

4. Da fungibilidade entre as cautelares inominadas

Muito já se discutiu sobre a fungibilidade entre as medidas cautelares inominadas, porém, referido tema já está pacificado.

Grande parte da doutrina entende que sim, é possível que o juiz conceda uma medida diversa daquela solicitada pela parte, ou mesmo a adequa, de ofício, sem que isso cause de observe o princípio da demanda.

Isso porque o ordenamento jurídico pátrio confere aos magistrados o poder de decretar medidas cautelares de ofício, então, ainda que de forma implícita, também confere o poder de adequá-las.

Ademais, por não se tratar de direito material, o juiz não está ligado rigorosamente ao pedido da parte. Pelo contrário, se trata de uma garantia de eficácia de um dos instrumentos de prestação da tutela, sendo perfeitamente aplicável, então, a fungibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento no AgRg no REsp 1.003.667/RS²⁵, assentou entendimento no sentido de ser admitida a fungibilidade:

"Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida."

5. Antecipação da tutela e tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa

5.1 Tutela específica

O processo é um instrumento para realização de direitos, mas que só consegue ser efetivo quando é capaz de gerar resultados parecidos aos decorrentes do cumprimento natural e espontâneo das leis. Por isso, o processo ideal é aquele que dispõe de mecanismos capazes de produzir ou a induzir a efetivação do direito mediante a entrega da prestação devida. Quando esse fim é atingido, ocorre a prestação da tutela jurisdicional específica.

A tutela de obrigação de fazer e de não fazer consiste em comportamento omissivo ou comissivo do suposto devedor.

O Código de Processo Civil anterior, de 1939, não previa medidas eficazes de prestação de tutela específica e os credores ficavam sem um meio eficiente de proteção do direito *in natura* existente e decorrente de obrigações de fazer e não fazer.

Diante da inexistência de mecanismos adequados, alguns doutrinadores recomendavam o uso da ação cautelar inominada, com fundamentação nos artigos 798

²⁵ Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 1º/6/09

e 799 do Código de Processo Penal. Também foi bastante utilizada a ação declaratória cumulada com ação cautelar inominada.

Com o advento da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, foi modificado o *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil, adicionando, ainda, quatro de seus parágrafos, que hoje tem o seguinte teor:

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

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

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

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

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

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

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

O parágrafo 5º teve sua redação alterada e o parágrafo 6º foi incluído, ambas pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.

Para tornar então possível a prestação da tutela específica, o legislador concedeu aos magistrados o poder de impor multa diária ao obrigado, independentemente de pedido do autor, assim como a de adotar medidas necessárias para o cumprimento da obrigação.

Todas essas inovações buscavam, como ainda buscam, uma maior integração e efetividade entre a prestação devida e a tutela jurisdicional concedida.

Outrossim, no caso de impossibilidade de obter a tutela específica pleiteada, no sistema anterior, era oferecida ao credor como alternativa a conversão da prestação em indenização por perdas e danos. Com a nova redação do dispositivo, passou a ser possível a substituição da prestação específica por outra com resultado equivalente.

A valorização concedida à busca da tutela específica se deu com a inclusão dos dispositivos que conferem aos juízes uma espécie de poder executório genérico, possibilitando-o a utilizar os mecanismos encontrados nos parágrafos do artigo 461 do Código de Processo Civil, assim como outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação inominados.

5.2 Tutela efetiva

Não basta que o legislador forneça meios para concessão da tutela. Deve, ainda, fazer com que a prestação seja entregue no tempo adequado, inclusive antes da sentença, caso haja necessidade.

É por essa razão que o parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil determina:

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

Foi reproduzida nesse dispositivo a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela encontrada no artigo 273 do Código de Processo Civil. Essa reiteração se dá para ressaltar a função de proteção da prestação específica que a medida assumirá em

obrigações de não fazer. Essa tutela pressupõe que a lesão ainda não tenha ocorrido. A concessão da tutela se justificará pelo perigo da lesão, que indicará se o devedor está na iminência de praticar o ato proibido, ou ainda, caso já iniciada a lesão, que ela não será prolongada nem repetida. O credor, então, pode requerer uma tutela para impedir que o ato seja consumado, ou para fazer parar ou evitar sua repetição.

O parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo não se aplica apenas a obrigações negativas, mas também às obrigações de fazer, independentes de ser fungíveis ou infungíveis.

Já sobre a multa diária a ser fixada, Teori Albino Zavascki²⁶ destaca:

(...) a multa diária é mecanismo que induz prestação de obrigação já violada; a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada de violação. Embora se tratem, ambas, de meios de coerção patrimonial, as duas espécies de multa são instrumentos executórios substancialmente diferentes, seja quanto ao seu valor, seja quanto ao modo de atuar. Figure-se o exemplo do atleta obrigado e não participar de determinada competição esportiva e que ameaça fazê-lo. A multa adequada a induzir o comportamento devido será não a multa diária, mas a de valor fixo, que, em caso de antecipação de tutela, há de ser cominada invocando-se o § 5º do art. 461, e não o § 4º.

5.3 As ações de obrigação de fazer e não fazer e sua natureza

A sentença referida no artigo 461 do Código de Processo Civil, quando aplicadas a medidas sub-rogatórias previstas no § 5º de referido dispositivo, possui natureza condenatória, entretanto, atípica, já que os atos executórios são praticados no processo de conhecimento.

Grandes doutrinadores, como Ovídio A. Baptista da Silva, acreditam que a ação que tenha objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ter qualquer

²⁶ Op. Cit., p. 172

natureza, exceto a de ação condenatória. Para referido autor, as ações podem ser executivas ou mandamentais.

Além disso, com a entrada em vigor da Lei nº 10.444/2002, ficou assentado que a ação para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tem natureza de ação executiva *latu sensu*, devendo a sentença ser cumprida no processo em que for proferida.

5.4 Pressupostos para antecipação de tutela nos termos do artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil

O parágrafo terceiro do artigo 461 do Código de Processo Civil prevê que para que o magistrado possa conceder a tutela liminarmente ou mediante prévia justificação, é preciso que estejam presentes dois requisitos: a relevância do fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final.

Referidos requisitos são semelhantes aos exigidos para a antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, já que a relevância de fundamento tem similitude com verossimilhança na alegação, e justificado receio de ineficácia do provimento guarda relação com fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil, ao prever que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, se procedente o pedido, pressupõe a existência de prolação de sentença.

Quanto à conversão em perdas e danos, é improvável que se faça a antecipação de tutela, haja vista depender da impossibilidade de concessão da tutela específica ou daquela substitutiva de resultado equivalente, dependendo, ainda, de configuração de risco de ineficácia do provimento.

Sobre a possibilidade de antecipação de execução específica por meio de sub-rogação, Teori Albino Zavasscki²⁷ lembra:

Outra indagação é a de saber se, em regime liminar, é viável antecipar a execução específica por meio de sub-rogação, incumbindo-se terceiro de realizar o fato, às custas do devedor. A hipótese, bem se vê, supõe obrigação de fazer (ou de desfazer) fungível. A fungibilidade é elemento forte a depor contra a configuração do risco de ineficácia do futuro provimento, sem o qual a antecipação será incabível. No entanto, não se pode descartar a hipótese de urgência em antecipar obrigação de natureza fungível, como, por exemplo, a de reforçar dique de açude que ameaça ruir, com prejuízos às propriedades circunstantes. A indagação tem, portanto, resposta afirmativa. Nesses casos, ante a urgência, como proceder? É certo que não se poderia trilhar o caminho previsto no art. 634, que prevê contratação de terceiro mediante detalhado procedimento licitatório, incompatível com as circunstâncias determinantes da medida antecipatória. Duas alternativas se oferecem: ou (a) o juiz promove a contratação de terceiro diretamente, sem concurso, ou (b) autoriza que o credor promova pessoalmente ou mande executar sob sua direção a prestação do fato. Em qualquer caso, o cumprimento da medida antecipatória correrá por conta e risco do requerente, sendo que, se procedente o pedido, caberá definir apenas a razoabilidade ou não dos gastos despendidos com a execução, e serem indenizados pelo réu. Improcedente a demanda, poderá o réu postular o retorno ao *status quo ante*, além das perdas e danos que porventura lhe tenham sido infligidos.

É possível, ainda, antecipar a tutela em razão do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do requerido, em identidade com o que autoriza o artigo 273 do Código de Processo Civil.

Outro ponto a ser destacado é o da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela sem a prévia manifestação do réu. Ora, se existe risco grave e iminente de ineficácia do provimento final, a medida antecipatória deve ser concedida pelo juiz de

²⁷ Op. Cit., p. 181-182

plano, em observância ao princípio da efetividade. Porém, vale lembrar que, sempre que possível, o réu deve ser ouvido, a teor do que assegura o princípio do contraditório.

A medida antecipatória pode ser concedida em qualquer momento processual, já que o risco de ineficácia pode se mostrar presente mais adiante, em audiência, sentença ou fase recursal.

De igual forma, quando a obrigação se mostrar presente em um título extrajudicial, pode ocorrer a necessidade de antecipar os atos executivos para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer no curso de ação autônoma de execução, mesmo que na pendência dos embargos.

Aplicam-se subsidiariamente à antecipação de tutela de obrigação de fazer e não fazer as normas que regulam a medida antecipatória do procedimento comum.

A ação de cumprimento de obrigação de entrega de coisa tem natureza *latu sensu*, sendo semelhante à ação de obrigação de fazer e não fazer prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil, cujo regime a ela se aplica, inclusive no que se refere aos meios executivos colocados à disposição do juiz para efetivação da medida antecipatória e da sentença.

V- MULTA COMINATÓRIA

1. Origem, natureza e hipóteses de incidência

A criação da tutela específica de direitos não pecuniários trouxe ao ordenamento jurídico uma modalidade de ação capaz de gerar provimentos dotados de eficácia mandamental.

Os provimentos ligados ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa não se limitam a uma simples declaração do direito do autor, mas legitimam ordens diretas ao réu para que venha a cumprir com a obrigação determinada.

Para reforçar ainda mais a imperatividade dos comandos mandamentais é que se criou a possibilidade de cominação de multa, conforme disposição do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

A aplicação da multa coercitiva serve para impor o cumprimento das obrigações fungíveis e infungíveis.

Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira²⁸ assim conceituam a multa:

²⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: Execução. 2ª Ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 444

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única.

Já Alexandre Freitas Câmara²⁹ ensina:

Denomina-se *astreintes* a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundado em título judicial ou extrajudicial e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua prestação.

Além disso, ainda pode ser imposta em caso de descumprimento de ordem estabelecida em sentença ou decisão interlocutória.

Ao discorrer sobre a natureza da multa, Guilherme Puchalski Teixeira³⁰ ressalta:

Em relação a sua natureza, percebe-se claramente que a multa assume a função de dobrar a recalcitrância do demandado para que venha a cumprir o comando imposto em sentença ou em decisão interlocutória, realizando inegável pressão psicológica sobre este. A multa revela-se mecanismo coercitivo que visa a superar a renitência do demandado em cumprir a conduta prevista, não se confundindo, mas antes, sendo cumulativa com eventuais perdas e danos.

A multa, então, serve para constranger o devedor resistente a cumprir sua obrigação, exercendo pressão sob sua vontade.

Destarte, a multa não pode ser considerada como fim em si mesmo. Sua fixação tem como objetivo principal a realização da determinação judicial imposta ao réu, reforçando a tutela concedida na decisão judicial. Em último aspecto, a multa assume uma função público-processual, na medida em que faz tornar real o comando imposto

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 22ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 278

³⁰ Op. Cit., p. 158

na decisão proferida, seja ela de mérito ou interlocutória, auxiliando o Estado na sua prestação jurisdicional efetiva.

A multa possui natureza processual coercitiva, assumindo, também, ainda que secundariamente, a função de reforçar a imperatividade dos comandos judiciais.

Por assumir uma função de coerção sobre o réu, a multa prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil mostra não possuir função reparatória ou indenizatória, sendo inadequado compensá-la com o valor arbitrado posteriormente a título de indenização por perdas e danos ou cláusula penal fixada em contrato. Vale lembrar que a cláusula penal impõe uma limitação ao valor da obrigação, sendo certo que a multa cominatória não guarda nenhuma relação com o valor da obrigação, devendo observar, apenas os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, claramente se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. MEDICAMENTOS. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO. NATUREZA. PROVEITO EM FAVOR DO CREDOR. VALOR DA MULTA PODE ULTRAPASSAR O VALOR DA PRESTAÇÃO. NÃO PODE INVIABILIZAR A PRESTAÇÃO PRINCIPAL. NÃO HÁ LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO PELO LEGISLADOR.

1. A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal. Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel.

Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, 11.09.2006.

2. A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial.

3. Os valores da multa cominatória não revertem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos. Consequentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor.

4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o § 6º, do art. 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida.

5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida.

6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor.

7. Recurso especial a que se nega provimento.³¹ (Destaquei)

2. Momento de incidência da multa

O artigo 461, §4º, do Código de Processo Civil estabelece que o magistrado poderá aplicar multa diária ao réu, independentemente do autor assim requerer. Dessa forma, entendendo se tratar de meio eficaz para obtenção da conduta desejada, o juiz deverá aplicar a multa, até mesmo de ofício, já que assim autoriza a legislação em vigor.

Importante destacar que é pacífico o entendimento de a multa ser aplicável à Fazenda Pública, como se observa na ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ASTREINTES). POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento sedimentado de que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitida ao Juízo a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no REsp 1129903/GO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/11/2010; AgRg no Ag 1247323/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2010; AgRg no REsp 1064704/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008).
2. Agravo regimental não provido.³²

Alexandre Freitas Câmara³³ destaca que a multa não é devida nas ações de emissão de declaração de vontade:

³¹ REsp 770753 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, data julgamento 27.02.2007

³² AgRg no REsp 1358472 / RS, Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, Data do julgamento 15/08/2013

As *astreintes* são devidas tanto nas obrigações fungíveis como nas infungíveis. Excluem-se apenas as obrigações de emitir declaração de vontade (sobre as quais se discorrerá adiante), uma vez que neste caso a própria sentença, uma vez transitada em julgado, já produz o efeito da declaração não emitida, satisfazendo-se, assim, o demandante. Não há, nessa hipótese, a necessidade de se realizar atividade executiva (o que não é, nem mesmo, possível), o que afasta a incidência do meio de coerção ora examinado.

Com a possibilidade de aplicação da multa, a execução específica da obrigação ou o seu equivalente foram extraídos do interesse do autor e passou a ser de responsabilidade do juiz. Essa responsabilidade ficou ainda mais acentuada com a introdução do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, que assegura aos cidadãos a razoável duração do processo e os meios que garantem a sua celeridade.

A razoável duração do processo prevista pela Constituição Federal traz aos magistrados o dever de optar pela técnica mais adequada e rápida para solução dos litígios. Dentre as medidas que podem ser utilizadas, então, está a aplicação da multa cominatória, que se apresenta como meio processual que busca rápida obtenção da tutela específica solicitada.

Dependendo das peculiaridades do caso e com base no mesmo fundamento, o juiz ainda pode optar pela utilização de medida diversa, por mostrar-se meio mais eficaz para obtenção da tutela.

A multa deve se revelar como suficiente e compatível com a obrigação que busca cumprimento, demonstrando proporcionalidade.

Guilherme Puchalski Teixeira³⁴ destaca que para parte da doutrina os requisitos da suficiência e compatibilidade aparecerão sempre cumulados, não sendo esse, entretanto, seu entendimento:

³³ Op. Cit., p. 279

³⁴ Op. Cit., p. 162

Para muitos, tais requisitos (suficiência e compatibilidade) aparecerão sempre de maneira cumulada, tendo em vista apresentarem exigências por demais semelhantes, com o mesmo significado prático.

A nosso ver, os requisitos traduzem exigências distintas e, portanto, devem ser considerados separadamente. Suficiente será a multa que se revelar apta a produzir o resultado almejado, ou seja, fixada em valor potencialmente capaz de vencer a renitência do obrigado. Para tanto, no momento da sua fixação, deve-se ter em mente a capacidade econômica do réu.

Em sentido diverso, entende-se como compatível a multa que se mostrar adequada ao cumprimento da obrigação que visa estimular. À luz do caso concreto, deverá o juiz avaliar a compatibilidade do mecanismo coercitivo em detrimento do emprego de medidas de caráter sub-rogatório.

Assim, não será compatível optar pelo cumprimento por terceiro, em detrimento da utilização da multa, quando a hipótese envolver prestação infungível, uma vez que, nesse caso, a multa seria o único mecanismo apto a reproduzir o resultado específico desejado pelo autor.

Da mesma forma, será incompatível valer-se da multa coercitiva – que, por determinação legal, exige prazo razoável para cumprimento – em demandas que exigem providências urgentes. Nesses casos, o prazo razoável exigido pela norma acarretaria, fatalmente, a inutilidade da prestação jurisdicional.

O fato de o legislador utilizar conceitos jurídicos indeterminados para traçar critérios de aplicação da multa, em expressões como “suficiente e compatível” e “prazo razoável”, não torna a escolha do juiz discricionária, uma vez que não há escolha diante de dois ou mais comportamentos revestidos de legalidade.

Quanto aos limites temporais da multa, é certo que ela passa a ter incidência a partir do momento em que se findar o prazo razoável estipulado para atendimento da ordem judicial. Em outras palavras, se pode dizer que o termo *a quo* de incidência da multa é o momento seguinte ao descumprimento da determinação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça já havia sedimentado o entendimento de ser necessária a intimação pessoal da parte para que a multa possa ter incidência, não bastando a intimação do advogado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVISIONAL. TUTELA ANTECIPADA. MULTA DIÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULA 410/STJ. PERMANÊNCIA DA INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE DEVEDORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ.

1. Ante a vedação imposta pelo enunciado 7 da Súmula do STJ, não é passível de reversão em sede de recurso especial a premissa fática de que não

- houve comprovação da permanência da inscrição do nome do devedor em cadastros desabonadores de crédito após o deferimento da tutela antecipada.
2. "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (Enunciado 410 do STJ).
 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.³⁵

Nesse sentido, inclusive, é o enunciado da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça, prevendo que "a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Todavia, quando do julgamento do Recurso Especial 1121457/PR, em que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, foi reconhecido que, com o advento da Lei 11.232/2005, a intimação pessoal da parte não seria mais necessária, vez que as obrigações de fazer também seriam automaticamente eficazes, assim como ocorre com as obrigações de pagar quantia certa:

PROCESSO CIVIL. CONDENAÇÃO A OBRIGAÇÃO DE FAZER. 'ASTREINTE'. 'DIES A QUO'. ENUNCIADO 410 DA SÚMULA/STJ. APARENTE CONFLITO COM O PRECEDENTE FORMADO NO JULGAMENTO DO EAG. 857.758/RS. HARMONIZAÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. No julgamento do EAg 857.758/RS ficou estabelecido que, diante do panorama processual estabelecido a partir da Lei 11.232/2005, seria desnecessária a intimação pessoal da parte para que se iniciasse o prazo de que disporia para cumprir uma obrigação de fazer. A exemplo do que ocorre em obrigações de pagar quantia certa, também as obrigações de fazer seriam automaticamente eficazes, contando-se o prazo de que a parte dispõe para cumpri-las antes de incidente a multa diária a partir do trânsito em julgado da sentença, em primeiro grau, ou da publicação do despacho de 'cumpra-se', na hipótese em que a sentença tenha sido impugnada mediante recurso.

2. Para as obrigações anteriores ao novo regime processual, contudo, permanece a orientação estabelecida no Enunciado 410 da Súmula/STJ, ou seja: a intimação pessoal da parte é imprescindível para que se inicie a contagem do prazo de que dispõe para cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer sem incorrer em multa diária.

3. Na hipótese dos autos, a sentença transitou em julgado antes de promulgada a Lei 11.232/2005, de modo que a intimação pessoal da parte seria imprescindível.

4. Recurso especial conhecido e não provido.³⁶

³⁵ EDcl no REsp 1208600 / RS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, Data julgamento 07/02/2013

(Destaquei)

O Código de Processo Civil estabelece fixação de prazo razoável para cumprimento da obrigação. Portanto, o juiz deve, de acordo com o critério da razoabilidade, delimitar prazo adequado para o atendimento da conduta imposta, antes do qual não haverá incidência da multa.

Aplicada em sentença ou decisão interlocutória, a multa não terá incidência enquanto não escoado o prazo para fixado. Uma vez transcorrido, a multa passará a fluir normalmente.

Na ausência de fixação de prazo considerado razoável para cumprimento da obrigação, não haverá termo inicial de incidência da multa, tornando comprometida a formação do título judicial ante a ausência do requisito da certeza.

Com relação ao termo final da multa, existem quatro hipóteses: a) cumprimento da obrigação; b) quando o cumprimento do que foi determinado se tornar impossível; c) quando se mostrar não ter eficácia e influência sobre a vontade do réu; d) quando o autor optar pela conversão da obrigação em perdas e danos. Nas hipóteses mencionadas nos itens “c” e “d”, a multa deverá ser suspensa e substituída por medida diversa no momento em que o juiz verificar sua ineficácia. O réu, então, será responsável pelo pagamento da multa até o instante em que a sua inviabilidade for constatada.

Notando que a multa não exerce influência sobre a vontade do réu, o magistrado deverá substituí-la por outra medida mais efetiva. Do contrário, a multa teria infinita incidência, passando a assumir caráter punitivo, e não mais coercitivo. A multa prevista no §4º do artigo 461 do Código de Processo Civil não possui a finalidade de punição,

³⁶ REsp 1121457 / PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Data julgamento 12/04/2012

existindo, para isso, outras medidas, como a multa prevista no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil.

3. Valor da multa cominatória

É equivocado dizer que a multa deve ser limitada ao valor da obrigação principal ou ao valor dos danos gerados pelo descumprimento da obrigação, haja vista que a multa não tem a finalidade de ressarcimento. Essa limitação teria razão de ser caso a multa tivesse caráter indenizatório, o que não é o caso.

A redação do §2º do artigo 461 do Código de Processo Civil rechaçou qualquer dúvida sobre uma possível diversidade da multa com as perdas e danos, ao mencionar que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”.

Mesmo antes da entrada em vigor do dispositivo mencionado, que foi incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência já era no sentido de que o valor da multa coercitiva não estava vinculado ao valor da cláusula penal estipulada em contrato.

A multa contratual tem como objetivo incentivar o adimplemento da obrigação no prazo estipulado pelas partes. Por sua vez, a multa cominatória visa influir na vontade do réu, buscando o adimplemento da conduta imposta, seja em sentença ou em decisão interlocutória.

Sendo assim, mesmo que já exista uma estipulação de cláusula penal, pode o magistrado determinar a aplicação da multa coercitiva como instrumento de tutela processual, visando estimular o adimplemento da obrigação. Eventual multa contratual não exercerá a função processual de coagir o réu a cumprir com o que foi determinado,

já que anterior ao ajuizamento da ação visando seu adimplemento. A multa contratual, então, representa uma fixação consensual preliminar das perdas e danos incidentes em razão do descumprimento.

Ao aplicar a multa, o juiz deverá dosar o valor da multa em valor que seja capaz de repercutir de forma decisiva e eficaz sobre a vontade do réu. Caberá ao magistrado, portanto, analisar as circunstâncias do caso concreto, a capacidade financeira do demandado e os ganhos obtidos pelo inadimplemento, assim como outros aspectos, no momento de aplicar a multa. Deve ser levado em consideração pelo juiz, também, o princípio da proporcionalidade e o impedimento para o enriquecimento ilícito.

Araken de Assis³⁷ ressalta sobre o valor da multa:

O valor da astreinte deve ser fixado de molde a quebrar a vontade do obrigado, desvinculado dos limites ideais de indenização do dano. Neste sentido, como visto, se manifestou a 3ª Turma do STJ. Quer dizer, o órgão judiciário fixará a multa numa quantia “suficiente para constranger”. Para tal mister, nenhum outro critério substitui o puro casuísmo. O juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude da provável resistência, e preocupar-se-á apenas em identificar e aplicar um valor exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrado, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor.

Se a multa cominada se mostrar exagerada, poderá a parte lesada interpor recurso contra a decisão que a fixar, visando sua adequação.

O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou seu posicionamento no sentido de ser possível a redução da multa quando ela se revelar irrisório, desrazoável e desproporcional:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PARA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO - INSURGÊNCIA DO RÉU.

³⁷ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 566

1. Não cabe, em recurso especial, assertiva de violação de súmula, por não se enquadrar no conceito de lei federal.
2. Deficiente a fundamentação do recurso que não indica o dispositivo de lei federal supostamente violado. Incidência da Súmula 284/STF.
3. A redução da multa cominatória fixada com base no art. 461, § 4º, do CPC somente é possível quando a imposição revelar-se desrazoável e desproporcional. No caso, adequada a solução adotada na instância ordinária, que, fixando multa diária de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), limitou a R\$ 22.500,00 o valor devido pelo descumprimento da ordem num período superior a 90 dias.
4. Agravo regimental desprovido.³⁸

PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. VALOR EXORBITANTE NÃO CONFIGURADO. REDUÇÃO DO QUANTUM. NÃO CABIMENTO. REEXAME NECESSÁRIO DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem decidiu que o Estado de Santa Catarina desrespeitou as determinações judiciais e sobretudo desconsiderou a necessidade e a urgência do medicamento para o tratamento de saúde do ora agravado. Concluiu ainda que, no caso concreto, o valor cominado na sentença revelou-se exacerbado e reduziu o valor da multa cominatória.
2. A intervenção do STJ, por meio do recurso especial, na fixação e no valor da multa por descumprimento de ordem judicial, limita-se aos casos em que o valor fixado é irrisório ou exagerado. Quando inexistente desproporcionalidade na fixação da multa cominatória pelo Tribunal a quo, como na espécie em análise, a revisão do acórdão esbarra no óbice da Súmula 7 deste Tribunal.
3. Agravo regimental não provido.³⁹

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO DO VALOR TOTAL EXECUTADO A TÍTULO DE ASTREINTES.

1. É firme a compreensão desta Corte Superior de Justiça de que a multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada.
2. Em situações excepcionais, como no presente caso, a jurisprudência desta Corte admite a redução da multa diária cominatória tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.⁴⁰

³⁸ AgRg no AREsp 233920 / RS, Ministro MARCO BUZZI, 4ª Turma, Data do julgamento 17/09/2013

³⁹ AgRg no AREsp 335250 / SC, Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma, 03/09/2013

⁴⁰ AgRg no AREsp 273583 / RS, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, Data do julgamento 03/09/2013

O §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil permite que o juiz, de ofício, modifique “o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Verificando que a multa aplicada não se mostra capaz de interferir na vontade do réu, persistindo o descumprimento, o juiz poderá majorar seu valor ou adotar técnica diversa que se mostre mais efetiva. Evidente que tal majoração não pode ultrapassar o limite da razoabilidade, sob pena de gerar enriquecimento sem causa de um ou empobrecimento do outro.

Como alternativa, poderá o juiz estipular uma progressão gradual do seu valor, de modo que a multa vai sendo majorada conforme o tempo de descumprimento for aumentando. A progressividade é de grande eficácia quando envolver obrigações de caráter continuado.

A multa pode ser fixada de forma horária, diária, semanal, mensal, anual ou até mesmo de forma fixa.

Em resumo, depois de fixada, a multa se tornará imutável. O magistrado tem o poder de graduá-la observando os parâmetros da suficiência e compatibilidade presentes no caso. A proporcionalidade também é aplicada, integrada a outros três subprincípios: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Em razão de não integrar o mérito do conteúdo decisório, diante da característica acessória da multa, a posterior modificação da periodicidade ou do valor inicialmente aplicados não afronta o artigo 463 do Código de Processo Civil. A parte da sentença que trata do valor da multa não fica imunizada pela coisa julgada material. Apenas a ordem de aplicação da multa fica abrangida pela coisa julgada, mas não o seu valor.

Importante ainda destacar que não há limitação no procedimento adotado pelos Juizados Especiais quanto ao valor da multa. O enunciado 144 do Encontro Nacional dos Juizados Especiais estabelece:

“A multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixada pelo Juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor”.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça ratificou esse posicionamento:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SEUS JULGADOS. VALOR SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ admite a impetração de mandado de segurança perante os Tribunais de Justiça desde que o objetivo seja unicamente o de exercer o controle da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vedada a análise do mérito do processo subjacente.

2. A competência do Juizado Especial é verificada no momento da propositura da ação. Se, em sede de execução, o valor ultrapassar o teto de 40 salários mínimos, em razão do acréscimo de encargos decorrentes da própria condenação, isso não será motivo para afastar a competência dos Juizados e não implicará a renúncia do excedente.

3. A multa cominatória, que, na hipótese, decorre do descumprimento de tutela antecipada confirmada na sentença, inclui-se nessa categoria de encargos da condenação e, embora tenha atingido patamar elevado, superior ao teto de 40 salários mínimos, deve ser executada no próprio Juizado Especial.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.⁴¹

Parece correta essa opção em não limitar a multa coercitiva nas demandas que obedecem ao rito dos Juizados Especiais, na medida em que eventual limitação poderia levar à ineficácia do instituto, não gerando o devido temor ao devedor. Outrossim, a prévia limitação poderia obstar o magistrado quanto ao

⁴¹ RMS 38884 / AC, Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, Data do julgamento 07/05/2013

poder geral de efetivação, previsto no artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil.

A execução do numerário proveniente da multa coercitiva também compete aos Juizados Especiais.

4. Beneficiário da multa

É fato que o Código de Processo Civil não indica quem será o beneficiário da multa, ou seja, quem terá legitimidade para promover a sua cobrança em juízo.

Maior parte da doutrina entende que a multa deverá ser revertida em favor do autor, inclusive, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 770753:

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. MEDICAMENTOS. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO. NATUREZA. PROVEITO EM FAVOR DO CREDOR. VALOR DA MULTA PODE ULTRAPASSAR O VALOR DA PRESTAÇÃO. NÃO PODE INVIABILIZAR A PRESTAÇÃO PRINCIPAL. NÃO HÁ LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO PELO LEGISLADOR.

1. A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal. Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeiro Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760 / RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, 11.09.2006.

2. A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial.

3. Os valores da multa cominatória não revertem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos. Conseqüentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor.

4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o § 6º, do art. 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade

do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o

objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida.

5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida.

6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor.

7. Recurso especial a que se nega provimento.⁴²
(Grifei)

Uma das justificativas utilizadas pela doutrina para colocar o autor como beneficiário da multa é que ele será o maior prejudicado pelo descumprimento da ordem imposta ao réu e, por essa razão, os valores obtidos da conduta do réu deveriam ser-lhe revertidos.

Além disso, José Eduardo Carreira Alvim⁴³ destaca que eventual reversão da multa em favor do Estado poderia causar uma situação no mínimo inusitada:

(...) a de vir o Estado a ser, ao mesmo tempo, obrigado e beneficiário da sanção, quando seja ele o descumpridor do preceito. Sim, porque a multa seria recolhida ao tesouro pelo Estado-réu, beneficiando-se dela o Estado-Administração.

Guilherme Puchalski Teixeira⁴⁴ discorda desse entendimento, acreditando que o valor arrecadado a título de multa cominatória deveria ficar com o Estado:

Ousa-se discordar de tal entendimento. Ao que parece, a questão deve ser resolvida à luz da natureza e da finalidade da multa coercitiva. Explica-se. Como visto, a multa prevista no § 4º do art. 461 assume função essencialmente processual, servindo como mecanismo de coerção colocado à disposição do juiz. Não parece adequada a solução de destinar o seu valor ao patrimônio do autor, porquanto, mesmo que este possua interesse direto na concretização do seu pedido, a finalidade primordial desempenhada pela multa (coerção indireta sobre o réu em prol da adoção da conduta desejada pelo Direito e imposta em sentença) demonstra vinculação maior com os interesses do Estado.

⁴² Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Data Julgamento 27/02/2007

⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 104

⁴⁴ Op. Cit., p. 178

Na relação gerada a partir da incidência da multa, figuram apenas duas partes: o Estado-juiz, responsável pela emanção da ordem, e, em outro pólo, o jurisdicionado (demandado), a quem incumbe dar obediência ao comando judicial. O autor, de fato, não participa diretamente dessa relação linear, figurando apenas como mero espectador.

Note-se que ao credor da obrigação, autor do processo, já se previu compensação financeira por todo e qualquer prejuízo decorrente da demora ou do descumprimento da obrigação (perdas e danos). Assim, os prejuízos que o autor vier a sofrer em razão do descumprimento já estarão devidamente abrangidos pela indenização conferida a título de perdas e danos. A multa coercitiva, como frisado anteriormente, em nada se relaciona à indenização pelos danos sofridos, razão pela qual o §2º do art. 461 permite a sua cumulação com as perdas e danos, bem evidenciando a diversidade dos seus propósitos.

Quanto à aplicação da multa, embora de maneira geral o réu seja condenado a pagar o valor estipulado pelo magistrado, Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁴⁵ salientam que o autor também pode ser destinatário da multa:

Mas não se pode negar que também o demandante possa ser destinatário da multa. Isso pode acontecer, por exemplo, nos casos em que o réu deduz demanda reconventional formulada pedido contraposto ou mesmo quando a demanda em análise tem caráter dúplice. Tendo em vista que, nesses casos, o réu assume também uma situação jurídica ativa no processo, é possível que o provimento judicial, reconhecendo o seu direito a uma prestação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, imponha à parte adversária uma ordem sob pena de multa coercitiva. Nessa hipótese, o descumprimento da ordem implicará a necessidade de pagamento da multa em benefício do réu.

Referidos autores⁴⁶ ainda destacam que a multa pode ser “imposta contra o autor mesmo nas hipóteses em que o réu é titular, simplesmente, de uma situação jurídica passiva”, bem como um terceiro ser seu destinatário.

5. Possibilidade de cumulação da multa cominatória com a multa prevista no artigo 14, § único, do Código de Processo Civil

⁴⁵ Op. Cit., p. 448

⁴⁶ Op. Cit., p. 448-449

É possível cumular a multa prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil com aquela encontrada no § único, artigo 14, também do Código de Processo Civil, por se tratarem de modalidades diferentes.

Elas são distintas quanto à sua natureza, finalidade, beneficiário, forma de fixação e incidência e, por fim, quanto à natureza da decisão que as aplicou.

A multa tratada no artigo 461 do Código de Processo Civil possui natureza processual, já que busca a efetividade da obrigação determinada. Já a multa do artigo 14 do Código de Processo Civil tem caráter administrativo, mostrando-se como uma reprimenda imposta pelo juiz àqueles que descumprirem ou atrapalharem o cumprimento dos provimentos judiciais.

A finalidade da multa do artigo 461 do Código de Processo Civil é a coação psicológica do réu, para que ele cumpra o quanto determinado. A multa do artigo 14 do Código de Processo Civil, por sua vez, visa punir o demandado que desobedeceu uma ordem judicial.

O beneficiário da multa do artigo 461 do Código de Processo Civil é a parte contrária (no geral, o réu), enquanto que na multa do artigo 14 do Código de Processo Civil o beneficiário é o Estado.

Com relação à forma de fixação e incidência da multa tratada pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, é fato que o valor pode ser fixo ou incidir de forma periódica, sendo certo, ainda, que o valor a ser arbitrado fica a critério do juiz. Já a multa do artigo 14 do Código de Processo Civil é sempre fixa e não pode ultrapassar 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Por fim, a decisão que aplica a multa do artigo 461 do Código de Processo Civil possui natureza jurisdicional, enquanto que a multa do artigo 14 do Código de Processo Civil tem natureza administrativa.

Somente em caso de descumprimento dos provimentos mandamentais é que se torna possível cumular as multas dos artigos 14 e 461 do Código de Processo Civil.

VI- EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA MULTA COMINATÓRIA

1. Execução provisória

Conforme dispõe o artigo 475-I, §1º, do Código de Processo Civil, a seguir transcrito, a execução será definitiva quando proveniente de sentença já transitada em julgado, e provisória quando se originar de sentença impugnada através de recurso sem concessão de efeito suspensivo:

Artigo 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.

§ 1º - É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

§ 2º - Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

A execução fundada em título extrajudicial se inicia definitivamente. Porém, será provisória quando pendente o julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença de improcedência dos embargos do executado, desde que recebido com efeito suspensivo, conforme prevê o artigo 587 do Código de Processo Civil.

Araken de Assis⁴⁷ ressalta duas consequências da combinação dos artigos 475-I, §1º e 587 do Código de Processo Civil:

Do art. 475-I, §1º, c/c art. 587 derivam duas consequências imediatas: primeira, toda execução baseada em título extrajudicial se inicia definitiva, porque só adquire a condição de provisória *secundum eventus litis*; ademais, apenas algumas execuções de título judicial, quando ainda possível o título de reforma mediante recurso, iniciam e prosseguem provisoriamente. O sistema é *ope legis*, e, desse modo, não cabe ao órgão judiciário autorizar a execução

⁴⁷ Op. Cit., 305

provisória fora dos casos legais. Por sinal, distingue-se a execução provisória da antecipação de tutela, porque a última é *ope iudicis*.

A execução provisória autoriza que o vencedor (credor) dê efetividade a uma decisão que lhe foi favorável, mesmo que tenha sido impugnada por recurso. Trata-se de uma forma de compensação pelo fato de o vencido (devedor) ter recorrido. Ademais, desestimula a interposição de recursos protelatórios.

Pelo fato de o credor promover a execução com base em um título provisório, passível de alteração, há uma preocupação na preservação dos interesses do devedor, garantindo, então, uma reversibilidade e atribuição de responsabilidade objetiva ao exequente, caso os atos executivos se mostrem indevidos posteriormente.

A execução provisória se desenvolve da mesma forma que a execução definitiva, como assim determina o artigo 475-O, *caput*, do Código de Processo Civil. Todavia, em razão da provisoriedade do título, algumas precauções são exigidas.

O início da execução provisória sempre dependerá de requerimento do credor, que deverá formular suas pretensões através de petição escrita, instruída com documentos e cópias das peças dos autos principais necessários para o desenvolvimento da execução.

A execução provisória se faz, em regra, em autos apartados, já que se desenvolve paralelamente ao processo de conhecimento. Existem três exceções a essa regra: i) execução de tutela antecipada que, embora provisória, a execução se dê nos autos principais (artigo 273, §3º, do Código de Processo Civil); ii) execução da sentença quando ainda pendente de julgamento o agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu a apelação interposta; iii) execução de acórdão quando interposto agravo previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil contra decisão que não admitiu recurso especial ou extraordinário.

A execução definitiva se faz nos autos principais, sendo possível, também, que se faça em autos apartados, como por exemplo, a execução definitiva de parte de sentença não apelada, que tenha transitado em julgado.

Na hipótese do título, em grau de recurso, ser anulado ou totalmente reformado, a execução será extinta (artigo 475-O, II, do Código de Processo Civil). As partes, então, retornarão ao estado anterior à execução provisória, devendo eventuais prejuízos sofridos pelo devedor ser liquidados por arbitramento nos próprios autos da execução.

Se o título for anulado ou reformado parcialmente, a execução ficará sem efeito nessa parte, ficando válida e eficaz na parte restante.

Caso o recurso interposto não seja provido, o título executivo será confirmado, passando a execução de provisória para definitiva.

Uma questão polêmica que envolve à tutela específica dos direitos é a respeito da repetibilidade ou não do valor pago pelo executado a título de multa.

Parte dominante da doutrina acredita que, pelo fato da execução provisória se fundar em título precário, ela corre por conta e risco do credor, que responde objetivamente pelos prejuízos causados ao executado, se posteriormente se verificar a cassação ou alteração do título.

Assim, na hipótese de a ação envolver prestação de pagar quantia, eventuais bens adjudicados pelo credor terão de ser devolvidos e valores expropriados na execução, junto com o pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos. Caso os bens expropriados tenham sido transferidos para terceiros, caberá ao credor indenizar o devedor pela perda deles.

No caso de envolver prestação de entregar coisa, deverá ocorrer a restituição da coisa, além do pagamento de recompensa pelos danos causados. Se já transferida a

terceiros, o seu valor equivalente deverá ser restituído, sendo devida, também, uma indenização pelo período em que o devedor não puder dela fruir. Havendo imposição da multa cominatória, seu valor terá de ser devolvido.

Se a execução envolver prestação de fazer, a prestação deverá ser desfeita pela parte responsável, por sua conta e risco, sem prejuízo do recebimento pelo devedor de indenização pelos danos sofridos. Não sendo possível o retorno ao seu estado anterior, o devedor deverá ser reembolsado pelo valor equivalente. Também deverá ocorrer devolução em caso de eventual pagamento de multa coercitiva.

Por sua vez, se a ação envolver prestação de não fazer, os efeitos da conduta do devedor deverão ser eliminados, na medida do possível, recompensando-o pecuniariamente pelos prejuízos sofridos. Eventual pagamento de multa terá de ser devolvido.

Em qualquer dessas hipóteses, caso a execução tenha causado lesão à honra do devedor, poderá ser imposta uma indenização por danos morais em seu favor.

Ainda em razão da provisoriedade do título, o Código de Processo Civil prevê a prestação de caução pelo credor, como forma de contracautela, para que possa levantar o depósito em dinheiro, praticar atos que acarretem alienação de propriedade ou praticar qualquer ato que resulte em grave dano ao executado.

A caução deve ser suficiente e idônea, sendo fixada pelo magistrado e prestada nos próprios autos da execução provisória. Poderá, ainda, ser real ou fidejussória.

Existem duas situações em que a caução poderá ser dispensada: i) na execução provisória de crédito alimentar ou decorrente de ato ilícito, cujo valor não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos e desde que o exequente comprove situação de necessidade; ii) quando pendente de julgamento agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso especial ou extraordinário.

Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁴⁸ defendem que cabe ao magistrado analisar os interesses em jogo para decidir se dispensa ou não a cautela:

Assim, cabe ao magistrado, à luz do postulado da proporcionalidade, ponderar os interesses em jogo: *de um lado*, o direito do credor a uma tutela efetiva (considerando suas chances de êxito final), ao acesso à justiça e ao devido processo legal; *de outro*, o direito do devedor à preservação de seu patrimônio material e à segurança jurídica. Só então, poderá decidir se dispensa ou não a cautela. Dará, com isso, uma interpretação teleológica ao art. 475-O, III, atentando para sua finalidade real.

Há parte da doutrina que, porém, entende que a multa permanecerá exigível mesmo com a improcedência da ação é minoritária. Para essa corrente, a multa continuará sendo devida, viabilizando futura execução e não estando sujeita à devolução, caso já tiver sido pega pelo executado.

Isso porque é considerada a função público-processual da multa, na medida em que influi na vontade do réu para que faça aquilo que foi determinado. Na hipótese de eventual superveniente improcedência do pedido, a obrigação a ser cumprida deixará de existir, todavia, a negativa do réu em dar efetividade à prestação jurisdicional, ainda existirá.

Para essa linha de raciocínio, a multa deve ser mantida em razão da sua vigência no espaço de tempo que perdurou o descumprimento da ordem judicial até o julgamento final de improcedência. Ainda que sobrevenha eventual julgamento desfavorável em relação à obrigação principal, a multa persistirá sob o fundamento de que se encontra relacionada à efetividade daquela decisão judicial.

Guilherme Puchalski Teixeira é um dos que compartilha desse posicionamento:

⁴⁸ Op. Cit., p. 204

Contudo, a nosso ver, negar efetividade a uma ordem imposta em decisão judicial deverá ser sempre passível de sanção. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, deverá a parte interessada, isso sim, utilizar-se dos recursos e dos meios de impugnação processuais previstos em lei, a fim de revogar ou emprestar efeito suspensivo à decisão (interlocutória ou sentencial) que lhe parecer injusta, ilegal ou inconstitucional. Seguramente, não será através do descumprimento da ordem judicial – que (i) nega a fruição do direito a quem, até o momento, assiste melhor razão e (ii) impossibilita o Estado de cumprir com o seu dever de prestar jurisdição efetiva – que deverá manifestar a sua oposição.

A ordem imposta em razão do direito reconhecido em decisão judicial não confere ao demandado a faculdade de “apostar” na futura e eventual reversão de *decisum* quando do julgamento final da ação. Caso não for atendida a ordem, a multa deverá fluir normalmente até o atendimento da conduta desejada ou até decisão posterior em sentido contrário, a retirar a eficácia da decisão anterior, que a havia aplicado.

Parece socialmente injusto livrar de multa aquele que ignora ordem judicial, apostando na posterior reversão da decisão. Por certo, tal entendimento retira significativa parcela de coercitividade deste mecanismo processual, voltado aos interesses do Estado em dar efetividade às suas decisões, em favor daquele que, até o momento, apresenta melhor direito.

Ora, quer nos parecer que diante de uma decisão judicial eficaz, especialmente aquela emitida com base no art. 461, dotada de inegável mandamentalidade, apresentam-se três possibilidades ao réu: i) cumpre a ordem judicial; ii) recorre, a fim de reformar a decisão ou atribuir-lhe efeito suspensivo antes do esgotamento do *prazo razoável* arbitrado pelo juiz para o cumprimento da obrigação; iii) descumpra a ordem judicial e paga o valor da multa. Ou, ainda, em três palavras: cumpre, recorre ou paga.

Embora essa linha de raciocínio tenha muita lógica, acredito que a corrente majoritária tenha razão. A multa advém do descumprimento de uma obrigação anterior. Ora, se a obrigação passa a não ser mais devida, o mesmo deve se aplicar à multa.

Deve-se lembrar do caráter acessório da multa.

Outrossim, o beneficiário da multa será o autor. Uma vez comprovado que o autor não tinha razão nos seus pedidos, como beneficiá-lo com o recebimento de um montante advindo da multa aplicada ao réu, que no fim, viu-se que era quem tinha a razão?

Ao admitir esse tipo de situação, poder-se-ia estar contribuindo para um grande número de ajuizamento de ações por pessoas que, mediante má-fé, visem o levantamento das multas aplicadas.

2. Execução da multa cominatória: forma e exigibilidade

A execução da multa deverá seguir o rito próprio de execução por quantia certa, que trata do cumprimento de sentença, nos moldes do procedimento previsto nos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil.

O exequente deverá demonstrar, em fase de cumprimento de sentença, que a obrigação cominada não foi cumprida pelo então executado, assim como por quanto tempo durou e qual o valor atingido pela multa.

Para comprovar o valor apresentado, basta que o credor apresente um simples cálculo aritmético, levando em consideração os elementos necessários para indicar a composição do valor, como o valor fixado da multa, o número de dias que incidu, especificar quando terminou a contagem, etc.

Na hipótese da multa ainda estar incidindo, em razão da perpetuação do descumprimento da obrigação por parte do réu, é possível a execução dos valores já vencidos, devendo o autor acrescentar, entretanto, aos pedidos, a inclusão dos valores vincendos.

Segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 620.106-RS⁴⁹, no mandado de intimação da parte deve constar o prazo para o cumprimento da decisão, sob pena de nulidade da multa e da sua execução:

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ASTREINTES. AÇÃO CAUTELAR. REINCLUSÃO DO AUTOR-EMBARGADO EM PLANO DE SEGURO. MULTA IMPOSTA. CARÊNCIA QUE NÃO CONSTOU DO MANDADO. PRAZO EXÍGUO. PENALIDADE ELEVADA. NULIDADE DO ATO. PROVIMENTO.

I. Imposta multa à parte como forma de impor o cumprimento de medida liminar, deve obrigatoriamente constar do mandado o prazo assinalado para o

⁴⁹ Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, Data julgamento 18/08/2009

atendimento da ordem, mormente quando extremamente exíguo e elevado o valor da *astreinte* diária. CPC, arts. 225, VI, e 247.

II. Omissão que torna nula a penalidade e a sua cobrança pela via executiva.

III. Recurso especial conhecido e provido. Embargos à execução procedentes.

O enunciado da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça vai ao mesmo sentido, estabelecendo que “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Tal posicionamento ressalta as garantias do contraditório e da cooperação, impondo ao magistrado obediência ao dever de prevenção, advertindo o réu antes de puni-lo. Deve o juiz, então, impor o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, estabelecer prazo para cumprimento, com prévia determinação de intimação do executado para cumprimento, contendo, ainda, a advertência de que haverá aplicação de multa caso a determinação não seja cumprida.

Com relação ao momento de exigibilidade da multa, existe muita controvérsia a respeito.

Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁵⁰, citando Eduardo Talamini, destacam que a exigibilidade seria imediata:

Eduardo Talamini entende que a multa é exigível “assim que eficaz a decisão que a impôs – ou seja, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo *ex lege*. Com base nessa premissa, a multa fixada em decisão antecipatória da tutela seria exigível desde logo, pois o agravo não tem, em regra, efeito suspensivo, por expressa disposição de lei (a menos que, excepcionalmente, o relator do recurso lhe atribua tal efeito, na forma dos arts. 527, III, e 558, do CPC). Sendo assim, caberia, em sua opinião, execução provisória do crédito.

O citado autor reputa que a inexecutabilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retiraria boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação, pois não haveria ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu. Em sua opinião, a perspectiva remota execução não pressiona nem impressiona.

Ainda segundo Talamini, se ao final do processo se concluir que o autor não tinha direito à tutela específica (foi vencido), “ficará sem efeito o crédito

⁵⁰ Op. Cit., p. 454

derivado da multa que eventualmente incidiu”, perdendo o objeto a execução provisória eventualmente iniciada. Se o beneficiário da multa teve negado o seu direito à tutela específica após o trânsito em julgado (por ação rescisória, por exemplo), o crédito eventualmente executado e satisfeito deverá ser devolvido ao vencedor, eis que a multa não vem resguardar a autoridade jurisdicional, não vem punir, e sim serve para resguardar o direito da parte que pediu sua imposição. Assim, se ao final não viu certificado o direito que pretendia fosse resguardado, não há porquê receber o valor da multa.

A corrente doutrinária majoritária, a qual me filio, propõe que a multa seja exigível tão logo a decisão que a fixou se torne eficaz, seja essa decisão interlocutória ou sentença. Nesses casos, o autor poderá executá-la nos termos do artigo 475-J do Código de Processo Civil, assim que fique demonstrado o descumprimento da obrigação.

São diversas as decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível a execução provisória da multa, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão:

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido da possibilidade de se proceder à execução provisória de astreintes.

2. "É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela." (AgRg no AREsp 50.816/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/8/2012, DJe 22/8/2012.)

Agravo regimental improvido.⁵¹

PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. FIXAÇÃO EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela.

2. A fixação de multa diária em sede de antecipação de tutela por decorrência de descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução provisória.

3. Havendo, na sentença, posterior alteração da decisão que promoveu a antecipação de tutela e, por conseguinte, conferiu aplicação às astreintes,

⁵¹ AgRg no REsp 1365017 / RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, Data julgamento 04/04/2013

ficará sem efeito o crédito derivado da fixação da multa diária, perdendo o objeto a execução provisória daí advinda.

4. Agravo regimental desprovido.⁵²

Na hipótese de haver recurso pendente de julgamento, a execução imediata da multa é admitida, mas de forma provisória.

A jurisprudência atribui às decisões interlocutórias que antecipam a tutela e fixam a multa cominatória a natureza de título executivo judicial. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixou isso claro no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70009419128⁵³:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. A PROCURAÇÃO COM PODERES AD JUDICIA, PARA DETERMINADO PROCESSO, HABILITA O ADVOGADO A PRATICAR TODOS OS ATOS DE OUTRO PROCESSO, ENTRE AS MESMAS PARTES, SALVO OS QUE O ART. 38 DO CPC EXCETUA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. EXECUÇÃO FUNDADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IMPOSITIVA DE MULTA DIÁRIA POR ATRASO NA EFETIVAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. POSSIBILIDADE, VISTO QUE TAL DECISÃO OSTENTA A NATUREZA DE TÍTULO EXECUTIVO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 584, I, DO CPC. LIÇÃO DA DOUTRINA. PRECEDENTES DA CÂMARA. RECURSO DESPROVIDO.

(Grifei)

Inexistindo recurso pendente de julgamento, a execução da multa se fará da forma definitiva.

Todavia, como já mencionado, esse tema é demais controvertido.

Em recente decisão proferida pela 4^o Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se, ainda, ser possível a execução provisória somente quando a sentença ou acórdão confirmar a medida liminar, e desde que eventual recurso interposto seja recebido apenas no efeito devolutivo:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

⁵² AgRg no REsp 1094296 / RS, Rel. Min. João Otavio de Noronha, 4^a Turma, Data julgamento 03/03/2011

⁵³ TJRS, AI 70009419128, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Data julgamento 15/09/2004

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

1. A multa pecuniária, arbitrada judicialmente para forçar o réu ao cumprimento de medida liminar antecipatória (art. 273 e 461, §§ 3º e 4º, CPC) detém caráter híbrido, englobando aspectos de direito material e processual, pertencendo o valor decorrente de sua incidência ao titular do bem da vida postulado em juízo. Sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda. Nesse sentido: REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012).

2. Em vista das peculiaridades do instituto, notadamente seu caráter creditório a reclamar medidas expropriatórias para o respectivo adimplemento (penhora, avaliação, hasta pública), a execução das astreintes segue regime a ser compatibilizado com sua natureza, diferenciado-se daquele pertinente às demais modalidades de outorga da tutela antecipada, de ordem mandamental e executivo lato sensu (art. 273, §3º, do CPC). Nesse contexto, a forma de o autor de ação individual exigir a satisfação do crédito oriundo da multa diária, previamente ao trânsito em julgado, corresponde ao instrumento jurídico-processual da execução provisória (art. 475-O do CPC), como normalmente se dá em relação a qualquer direito creditório reclamado em juízo.

3. Do mesmo modo que não é admissível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, baseada em cognição sumária e precária por natureza, também não se pode condicionar sua exigibilidade ao trânsito em julgado da sentença. Os dispositivos legais que contemplam essa última exigência regulam ações de cunho coletivo, motivo pelo qual não são aplicáveis às demandas em que se postulam direitos individuais. As astreintes serão exigíveis e, portanto, passíveis de execução provisória, quando a liminar que as fixou for confirmada em sentença ou acórdão de natureza definitiva (art. 269 do CPC), desde que o respectivo recurso deduzido contra a decisão não seja recebido no efeito suspensivo. A pena incidirá, não obstante, desde a data da fixação em decisão interlocutória.

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

5. Recurso especial provido.⁵⁴

Cândido Rangel Dinamarco⁵⁵, por outro lado, entende que a execução da multa só pode ocorrer depois do trânsito em julgado da decisão:

Quanto às multas fixadas em sentença ou acórdão portador de julgamento do mérito, a resposta é menos difícil: o valor das multas periódicas acumuladas ao longo do tempo só é exigível a partir do trânsito em julgado do preceito

⁵⁴ REsp 1347726 / RS, Rel. Min. Marcos Buzzi, 4ª Turma, Data julgamento 27/11/2012

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240-241

mandamental, porque, antes o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação a fazer, não fazer ou entregar coisa, cessa também a cominação.

(...)

Esses mesmos raciocínios devem presidir também ao quesito da exigibilidade das multas impostas em apoio a uma antecipação de tutela, porque enquanto houver incertezas quanto à palavra final do Poder Judiciário sobre a obrigação principal, a própria antecipação poderá ser revogada e, com ela, as astreintes.

O mesmo autor, com relação à multa fixada em decisão interlocutória, acredita que ela só poderá ser executada depois de se tornar definitiva em razão da ausência de recurso ou pelo esgotamento de todas as vias recursais existentes.

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁶ pensa de forma parecida, lecionando que a multa só poderá ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão final e desde que essa confirme a antecipação que culminou na aplicação da medida coercitiva, já que, para ele, a coerção está na simples ameaça de pagamento da multa, e não na sua cobrança efetiva.

Nesse sentido, é a ementa do REsp 1.016.375/RS⁵⁷:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MULTA COMINATÓRIA. CPC, ART. 461, §§ 3º E 4º. NÃO CUMPRIMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA SUPERVENIENTE. INEXIGIBILIDADE DA MULTA FIXADA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

I - A antecipação dos efeitos da tutela, conquanto produza efeitos imediatos à época do deferimento, possui a natureza de provimento antecipatório, no aguardo do julgamento definitivo da tutela jurisdicional pleiteada, que se dá na sentença, de modo que, no caso de procedência, a antecipação resta consolidada, produzindo seus efeitos desde o momento de execução da antecipação, mas, sobrevindo a improcedência, transitada em julgado, a tutela antecipada perde eficácia, cancelando-se para todos os efeitos, inclusive quanto a multa aplicada (astreinte).

II - O instituto da antecipação da tutela implica risco para autor e réu, indo à conta e risco de ambos as consequências do cumprimento ou do descumprimento, subordinado à procedência do pedido no julgamento definitivo, que se consolida ao trânsito em julgado.

III - A multa diária fixada antecipadamente ou na sentença, consoante CPC, art. 461, §§ 3º e 4º só será exigível após o trânsito em julgado da sentença que julga procedente a ação, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.

IV - Recurso Especial improvido.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2001, p. 111

⁵⁷ Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, Data julgamento 08/02/2011

(Grifei)

Parte da doutrina que se afilia ao entendimento de que somente após o trânsito em julgado a multa seria admitida, acredita que eventual julgamento improcedente do pedido tornaria sem efeito a multa arbitrada de forma antecipada, especialmente em razão do caráter acessório desse instrumento.

Acredito que esse entendimento, porém, retira a eficácia da multa pecuniária.

Ora, como já visto, o objeto da multa coercitiva é interferir na vontade do devedor, para que ele cumpra a obrigação que lhe foi imposta. Uma futura execução comprometeria a coercibilidade do provimento.

Ademais, existe uma relação processual direta entre o magistrado (Estado) e o réu, desvinculada da relação de direito material posta em discussão. Embora exista sim a possibilidade da demanda vir a ser julgada improcedente, a exigibilidade da multa, independentemente de ser fixada em decisão interlocutória ou sentença, não pode ficar suspensa até a confirmação definitiva do direito do autor, depois do trânsito em julgado. A efetividade da prestação jurisdicional também ficaria prejudicada.

Destarte, a legislação processual protege o executado, na medida em que exige do credor uma caução para possibilitar o levantamento do valor da multa, além de responsabilizá-lo objetivamente por eventuais danos causados, nos termos do artigo 475-O do Código de Processo Civil.

Além disso, é possível que o executado, acreditando que a demanda seja julgada improcedente no futuro, deixe de cumprir com o que foi imposto propositalmente.

Não se pode criar um instituto de coerção e, ao mesmo tempo, torná-lo inócuo. É o que me aparece que acontece ao exigir o trânsito em julgado da decisão para execução da multa.

VII- O ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O anteprojeto do Código de Processo Civil também trata sobre a multa cominatória e traz algumas inovações.

O artigo 502, I, do Anteprojeto do Código de Processo Civil⁵⁸, já com as alterações propostas pelo Senador Valter Pereira, prevê que a as sentenças proferidas em processos que reconheçam a exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa será feito através de cumprimento de sentença.

Foi autorizada expressamente pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil a possibilidade do Magistrado requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável, para garantir a efetivação da tutela. Ademais, ficou tipificado o crime de desobediência em caso de descumprimento injustificado da ordem judicial, sem prejuízo das penas de litigância de má-fé⁵⁹.

⁵⁸ Art. 502. Além da sentença condenatória, serão também objeto de cumprimento, de acordo com os artigos previstos neste Título:

I – as sentenças proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

II - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

III – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

IV – O formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;

V – o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, tradutor e leiloeiro, quando as custas, os emolumentos ou os honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;

VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

VII – a sentença arbitral;

VIII – a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos VI a VIII, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença no prazo de quinze dias.

⁵⁹ Art. 521. Para cumprimento da sentença condenatória de prestação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável.

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

§2º O descumprimento injustificado da ordem judicial fará o executado incidir nas penas de litigância de má-fé, sem prejuízo de responder por crime de desobediência.

Mas foi o artigo 522 do Anteprojeto do Código de Processo Civil⁶⁰ que trouxe mais inovações, colocando fim a algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Segundo referido dispositivo, fica estabelecido à possibilidade de execução provisória da multa, condicionando seu levantamento pelo credor, todavia, somente depois do trânsito em julgado da decisão ou quando pendente julgamento de agravo interposto contra decisão que denega seguimento a recurso especial ou extraordinário.

Também foi determinado que o exequente será o beneficiário da multa, mas somente até o valor equivalente da obrigação. O saldo remanescente será revertido em favor da Federação onde o juízo se situa ou à União. No caso do valor da obrigação ser inestimável, o juiz deverá fixar um valor que poderá ser levantado pelo exequente e o excedente em que a Federação ou a União será beneficiada.

Por fim, quando a Fazenda Pública for executada, o montante excedente ao valor da obrigação principal será destinada a uma entidade pública ou privada, mas que tenha finalidade social.

⁶⁰ Art. 522. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo de admissão contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.

§ 2º O requerimento de execução da multa abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou.

§ 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 4º A multa periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O valor da multa será devido ao exequente até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§ 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.

§ 7º Quando o executado for a Fazenda Pública, a parcela excedente ao valor da obrigação principal a que se refere o §5º, será destinada a entidade pública ou privada, com finalidade social.

CONCLUSÃO

Encerrado este estudo acerca da exigibilidade da multa cominatória, ficou demonstrado que as *astreintes* deverão ser mais bem analisadas levando-se em consideração o seu fundamento primordial, qual seja, como meio coercitivo, influenciando na vontade do réu para que cumpra a liminar concedida face a obrigação de fazer ou não fazer, onde o autor busca a tutela específica.

Ao conceder a tutela de urgência, estará o juiz reconhecendo que existe no pedido do autor relevante fundamento e justificado receio de ineficácia, requisitos previstos no parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil. A multa funcionará, então, como medida coercitiva processual, para que o réu se sinta pressionado a cumprir a decisão interlocutória.

Entretanto, parte da doutrina entende que a multa fixada só poderá ser cobrada com o trânsito em julgado da decisão, sempre que o autor tenha seu direito reconhecido. Esse entendimento, todavia, não condiz com a finalidade do instituto.

O posicionamento mencionado não observa o aspecto primordial da liminar concedida, bem como da multa cominatória, uma vez que, ao esperar o trânsito em julgado da lide, o receio da ineficácia do provimento final poderá ter se confirmado e, conseqüentemente, a eficácia da decisão ficará comprometida.

Ademais, se a execução da multa ficar condicionada ao trânsito em julgado, o caráter coercitivo da multa restaria prejudicado, já que a *astreinte* tem como finalidade pressionar o réu a cumprir a obrigação determinada, e não premiá-lo pela demora na satisfação da obrigação requerida.

A doutrina majoritária, porém, entende ser possível a execução provisória da multa, logo após o decurso do lapso temporal sem que tenha se cumprido a determinação da liminar.

Sem dúvida, com a execução provisória, restaria reconhecida a possibilidade de exigibilidade da multa antes do trânsito em julgado e, por consequência, sua finalidade primordial estaria sendo cumprida. Sobrevindo uma decisão de improcedência, entretanto, o autor ficaria obrigado a ressarcir o réu, devolvendo a quantia executada. O Anteprojeto do Código de Processo Civil coloca uma pá de cal nesse assunto, autorizando a execução provisória da multa.

Por este motivo acredita-se que a execução definitiva por quantia certa é o caminho mais viável e condizente com o artigo 461 do Código de Processo Civil.

Vale lembrar que a decisão que concede a liminar e arbitra a multa por possível descumprimento, seja interlocutória ou sentença, será fundamentada e observará os requisitos previstos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil, fato aliado à possibilidade do réu de recorrer da decisão. Por essa razão, o devido processo legal e os princípios norteadores da prestação jurisdicional serão respeitados.

Consubstanciado nos argumentos e observações acima expendidos, conclui-se que a multa deve possuir exigibilidade antes do trânsito em julgado, pois só desta maneira seu fundamento primordial seria respeitado.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

Anteprojeto do Código de Processo Civil – sítio
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 22ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. 2ª Ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 24ª Ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária, 2008.

LAURINDO, Salvador Franco de Lima. *Tutela jurisdicional: Cumprimento dos deveres de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO, Antonio Luiz Bueno de. *Medidas processuais de urgência – Doutrina, legislação, prática*. São Paulo: J.H. Mizuno, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1962.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil – Direito das obrigações*. 38ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, Luiz Orione. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

Superior Tribunal de Justiça – sítio www.stj.gov.br

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – sítio www.tjrs.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – sítio www.tjsp.jus.br

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.