

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**Tutelas Específicas e Multa Coercitiva no Cumprimento de Sentença Relativo
às Obrigações de Fazer e Não Fazer**

Priscila Soares Dutra Sousa

Orientadora: Prof^a. Dra. Kátia Aparecida Mangone

Coordenação: Prof^a. Dra. Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier

São Paulo

Outubro de 2014

Priscila Soares Dutra Sousa

**Tutelas Específicas e Multa Coercitiva no Cumprimento de Sentença Relativo
às Obrigações de Fazer e Não Fazer**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do certificado de conclusão da especialização lato sensu, curso: Direito Processual Civil sob orientação da Professora, Mestre e Doutora-Orientadora Kátia Aparecida Mangone.

São Paulo

Outubro de 2014

Priscila Soares Dutra Sousa

**Tutelas Específicas e Multa Coercitiva no Cumprimento de Sentença Relativo
às Obrigações de Fazer e não Fazer**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do certificado de conclusão da especialização lato sensu, curso: Direito Processual Civil sob orientação da Professora, Mestre e Doutora-Orientadora Kátia Aparecida Mangone.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dra. Kátia Aparecida Mangone
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo

São Paulo

Outubro de 2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Cícero e Fátima, aos meus irmãos, Filipe e Marina, e ao meu noivo Daniel, pelo incentivo, cooperação e apoio, pois compartilharam comigo os momentos de tristezas e também de alegrias, em mais uma etapa, que, finalmente foi vencida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Cícero e Fátima, pelo exemplo e o amor.

Aos meus irmãos, Filipe e Marina, pela paciência e o carinho.

Ao meu noivo, Daniel, por acrescentar razão e clareza aos meus dias.

À minha professora orientadora Kátia Aparecida Mangone, pelo auxílio e disponibilidade.

EPÍGRAFE

Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes.

Marthin Luther King

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2. ANÁLISE DO ART. 461 DO CPC	16
2.1 Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer	16
2.1.1 Conceito de Obrigação de fazer.....	17
2.1.2 Conceito de Obrigação de não fazer.....	18
2.2 Resultado prático equivalente ao do adimplemento.....	19
3. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS	22
3.1 Credor como titular da escolha.....	22
3.2 Conflito entre a vontade do credor na conversão e a possibilidade da tutela específica.....	23
3.3 Procedimento para apuração de perdas e danos.....	28
4. MEDIDAS DE APOIO QUE EFETIVAM A TUTELA ESPECÍFICA	29
4.1 Medidas atípicas.....	29
4.2 Multa Coercitiva.....	32
4.2.1 Origem da Multa.....	32
4.2.2 Periodicidade da multa.....	34
4.2.3 Prévia intimação pessoal do devedor	36
4.2.4 A Fazenda Pública em juízo.....	38

4.2.5 Valor da multa	40
4.2.6 Destinatário do crédito da multa.....	44
4.2.7 Exigibilidade da multa.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfica faz um estudo acerca do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, tratando especificamente acerca da tutelas específicas, seu cabimento, a sua conversão em perdas e danos caso ela se torne impossível, e o porquê delas não estarem listadas no Código de Processo Civil.

Este trabalho também faz uma abordagem das *astreintes* por se tratar da medida de apoio mais aplicadas ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, tratando da sua origem, aplicação e exigibilidade.

O estudo realizado não trata apenas de questões doutrinária, mas também das dificuldades atuais dos Tribunais Brasileiros para garantir a efetividade dessas obrigações.

Palavras Chave: Astreintes; jurisprudência; Obrigação de fazer e não fazer; tutela específica.

ABSTRACT

This work is a study about obligations fulfillment of the of doing or not, about it's specifics guardianship and suitable, its conversion to loss and harm if possible, and the reason why they are not listed in the Code of Civil Procedure.

The work also broaches the astreintes for handling the mesure of support applied to the accomplishment of obligations, broching its origin to applicate and demand, or not.

This study doesn't only broaches doctrinal questions, it also broaches the presente difficults of the Brazilian Court of Justice regarding to the fulfilment of the obligations of do's and don'ts.

Keywords: Astreintes; Brazilian Court of Justice; obligations of do's and don'ts; specifics guardianship.

INTRODUÇÃO

O art. 475-I do Código de Processo Civil disciplina que o cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou não fazer, far-se-á de acordo com o art. 461 do Código de Processo Civil. Dessa forma, o art. 644 do CPC dispõe que as regras do Livro II do Código de Processo Civil somente serão aplicadas em caráter subsidiário.

Nas obrigações que tenha por objeto um fazer ou não fazer, o seu processo de execução somente será eficiente quando o credor obter aquilo que contratou. Assim, surgiram as tutelas específicas e a multa coercitiva, previstas no art. 461 do Código de Processo Civil, com a finalidade de fazer o devedor cumprir exatamente aquilo que ele pactuou com a parte contrária, sendo a conversão em perdas e danos o último recurso da medida.

Desta forma, o presente trabalho tratará das tutelas específicas e da multa coercitiva desde sua origem em nosso ordenamento jurídico até aos debates mais atuais na doutrina e na jurisprudência.

Na verdade, o principal objetivo deste estudo é demonstrar que apesar da previsão legal desses temas, em busca da efetivação das obrigações de fazer ou não fazer, a lei deixou lacunas que influem diretamente na forma de tratamento dessas medidas e no próprio direito material, tais como: a conversão da obrigação em perdas e danos, a aplicação do princípio da menor onerosidade da execução ainda que possível a tutela específica, aplicação da multa coercitiva na Fazenda Pública, exigibilidade da multa, dentre outros que serão apresentados no decorrer do trabalho.

Outrossim, esse estudo demonstrará através de decisões do Superior Tribunal de Justiça que as dificuldades apresentadas pelas lacunas da lei não ficam apenas no plano teórico, mas também no prático.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente, a obtenção de tutela específica para o cumprimento das obrigações que tinham por objeto um fazer ou não fazer demonstrou-se insuficiente para a sociedade, em razão da sua abordagem deficiente que na maioria das vezes, no caso de inadimplência do devedor, convertia a obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos.

Isso decorria do contexto histórico que influenciava o nosso ordenamento jurídico, o pensamento do Estado Liberal que defendia a máxima liberdade do indivíduo (chamada de intangibilidade da vontade humana, “*nenō praecise potestcogi ad factum*”) e o fato de que toda prestação inadimplida podia ser convertida em dinheiro.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹. afirmam que:

“A idéia da intangibilidade da vontade humana passa, como se disse, pelos princípios liberais dos séculos XVIII e XIX. A disciplina das obrigações de fazer no Código Civil brasileiro de 1916 assentava-se nos princípios derivados Código Civil francês, de incoercibilidade das obrigações e da liberdade humana, derivados do liberalismo econômico, do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista, todos vigentes em certa época da história da humanidade”.

Assim, em razão dos ideais liberais presentes à época da disciplina das obrigações de fazer, não existia a possibilidade de o juiz usar de meios coercitivos para que o devedor cumprisse a obrigação inadimplida.

Destarte, a resolução em perdas e danos era a única consequência para o descumprimento das obrigações de fazer, sendo o credor a parte prejudicada que ainda tinha que provar as perdas e danos sofridos.

¹ DIDIER JR, Fredie; et al. “*Curso de Direito Procesual Civil*”. Execução. 6. Edição. Editora Juspodium, Vol.5. 2014, p. 420.

Em razão desse contexto histórico, as obrigações de fazer e não fazer demonstraram-se ineficazes para os anseios da sociedade, e passou-se a exigir, a necessidade de outros meios que garantissem a eficácia das relações obrigacionais contratadas. Com isso, começaram a surgir em nosso ordenamento jurídico, previsões legais esparsas tutelando esses interesses obrigacionais.

Um dos maiores exemplos, em nosso ordenamento, foi o da instituição do compromisso irretratável de compra e venda garantindo o direito real de aquisição do promitente comprador. O art. 1088 do CC/16 disciplinava que:

“Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097”

Diante disso, o Brasil na década de 30 e 40 passou a ter problemas sérios de aquisição de imóveis, pois a grande maioria das pessoas adquiriam o imóvel, e, terminado de pagar a última parcela o promitente comprador fazia jus à escritura pública, porém, o promitente devedor podia se negar a fazer a escritura pública e ficar com o imóvel de volta, mediante o pagamento de uma indenização. O comprador não tinha direito à adjudicação compulsória, pois, não tinha o direito real. Percebeu-se, assim, que o caráter obrigacional da promessa de compra e venda gerava instabilidade jurídica nas relações jurídicas. Foi assim que o DL 58/1937 conferiu eficácia real à promessa de compra e venda revogando o art. 1088 do CC/16, e inseriu esse direito no rol dos direitos reais. A promessa de compra e venda migrou do direito obrigacional para o real, pois uma vez pago totalmente o preço, o promitente vendedor se obrigava à prestação de fazer consistente na transferência definitiva da propriedade, sob pena de adjudicação compulsória.

Para elucidar a evolução desse pensamento, vejamos as lições de Silvio Rodrigues²:

“Por outro lado, a valorização das terras, não apenas provocada pela inflação então incipiente, como também por razões históricas capazes de influir decisivamente na conjuntura econômica, apresentou-se como razão importante do inadimplemento das

² Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p 298-302.

obrigações por parte dos promitentes vendedores. Pois estes, após receberem o preço pelo qual haviam prometido vender lotes de terreno, percebiam que os mesmos valiam importância dez ou vinte vezes maior do que aquela pela qual haviam sido alienadas. E, como se tratava de alienação de bens imóveis, cuja eficácia dependia de instrumento público, permitia a lei o arrependimento, contanto que se sujeitasse o arrependimento ao pagamento das perdas e danos.

Recorrer àquele arrependimento lícito constituía, assim, um meio de enriquecimento para os promitentes vendedores, porque a indenização a que ficavam sujeitos, quando a ela condenados, era sempre inferior ao proveito auferido.

(...)

No passo, o contrato preliminar de compra e venda de bem imóvel gerava ordinariamente, para o vendedor, apenas, uma obrigação de fazer, consistente em prestar declaração de vontade, ou seja, obrigação de outorgar escritura de venda e compra. Dessa convenção surgia, para o comprador, mero direito pessoal de reclamar a execução do ajuste, com a consequência de ficar o vendedor, em caso de recusa, sujeito a perdas e danos, em respeito à idéia de que *nemo paecise potest cogi ad factum*.

(...)

O Decreto- lei nº 58/37, com as modificações trazidas pela Lei de 1949, alterou este panorama, pois determinou que, inscrito o contrato, surgia para o promissário comprador um direito real oponível à terceiros, e capaz de lhe conferir a prerrogativa de obter a adjudicação compulsória.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal 8.069/1990) é mais um exemplo de lei específica que trata sobre o tema em seu art. 213³. Assim como o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/90) também trata do direito do consumidor à tutela específica, em diversos dos seus artigos. E mais, em 1994, a chamada Lei Antitruste (Lei Federal 8.884/1994) fez previsão do direito à tutela específica nesses casos.

Apesar dos avanços das tutelas específicas no início dos anos 90, a sua aplicação era restrita às ações que possuíam lei específica sobre o tema. Todavia, com o advento da Reforma Legislativa de 1994 (Lei Federal n. 8.952/1994) que dentre outras medidas inseriu a tutela específica das obrigações, contratuais ou legais, de fazer ou não fazer, esse panorama mudou, e possibilitou a sua aplicação nas relações processuais em geral.

³ ART. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Com o sistema das tutelas específicas do art. 461 do CPC, o credor passou a ter o poder de escolha, em caso de descumprimento da obrigação, entre a tutela específica do cumprimento da obrigação ou a exigência de ressarcimento pecuniário.

Destarte, as tutelas específicas surgiram em nosso ordenamento em razão da necessidade de dar eficácia às relações das obrigações de fazer e de não fazer, pois, antes delas existirem prevalecia o pensamento de ideais liberalistas que defendia a incoercibilidade das obrigações e da liberdade humana. E sendo assim, essas obrigações demonstraram-se ineficazes para os anseios sociais na medida em que, na maioria das vezes, elas se convertiam em perdas e danos não satisfazendo o débito do credor. Com o passar do tempo a sociedade passou a compreender que uma eventual intervenção do Estado para garantir o cumprimento de uma obrigação não enseja um desrespeito a dignidade da pessoa humana e às suas liberdades.

Eis a lição de Ada Pellegrini Grinover:⁴

“O certo é que hoje está integrada em nossa cultura, como observa Dinamarco, a ideia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e a produção mediante elas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer deveria ter conduzido”.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. “*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*”, in Reforma do Código de Processo civil. Sálvio de Figueiro Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p.254

2. ANÁLISE DO ART. 461 DO CPC

2.1 Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer

O caput do art. 461 do CPC, em sua primeira parte, trata especificamente das obrigações de fazer e de não fazer. Apesar do artigo disciplinar o cabimento das tutelas específicas para as obrigações de fazer e não fazer, a doutrina tem entendido que o art. 461 deve ser compreendido de forma mais ampla. Nesse sentido, Eduardo Talamini⁵ ensina:

“O art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas (de locomoção, associação, crença, empresa, profissão...), a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc.- todos considerados em vários desdobramentos (...) É viável o emprego da tutela ex art. 461 inclusive para impedir o início ou a continuidade de condutas também tipificadas como crime. A tutela civil independe da penal. A circunstancia de determinados comportamentos, em tese, poderem ser evitados ou reprimidos diretamente pela ação policial não obsta o recurso à tutela jurisdicional civil, que se mostrará, por vezes mais eficiente.”

As obrigações de acordo com o conteúdo da prestação classificam-se em obrigação de dar, obrigação de fazer e obrigação de não fazer.

A obrigação de dar é aquela na qual o sujeito passivo da relação jurídica compromete-se a entregar alguma coisa, certa ou incerta. Tal obrigação encontra-se regulamentada nos arts. 233 a 242 do CC.

É interessante mencionar os ensinamentos de Orlando Gomes⁶ quanto à distinção entre as obrigações de dar e fazer:

“A distinção entre as *obrigações de dar* e as *de fazer* deve ser traçada em vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fatos exigem dação. Nas *obrigações de dar*, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC.Art. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p.128.

⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. Atual. Por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.48.

importando a atividade do devedor para realizar a entrega. *Nas obrigações de fazer*, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer e *vice-versa*.”

2.1.1 Conceito de Obrigação de fazer

A obrigação de fazer é uma obrigação positiva na qual sua prestação consiste no cumprimento de uma tarefa pelo devedor. Tal prestação positiva subdivide-se em obrigação fungível e infungível.

Na obrigação de fazer fungível, a obrigação do devedor pode ser cumprida por outra pessoa às suas custas. Isso pode decorrer tanto por conta da sua natureza quanto por conta de previsão contratual. Neste caso, o credor pode exigir judicialmente:

- i. O cumprimento forçado da obrigação, utilizando-se da tutela específica, com a possibilidade de fixação de multa ou *astreintes* (tema abordado no cap. 4.2);
- ii. O cumprimento da obrigação por terceiros, à custado devedor da obrigação originária, de acordo com o disposto nos arts, 633 e 634 do CPC;
- iii. A conversão da obrigação em perdas e danos, caso a obrigação não interesse mais ao credor (tema tratado especificamente no capítulo 3)

Além dessas tutelas judiciais, previstas no Código de Processo Civil, o Código Civil, em seu art. 249, parágrafo único, prevê como forma de tutela extrajudicial, em caso de inadimplemento do devedor, que o credor execute ou mande executar o fato, independente de autorização judicial, sendo ressarcido posteriormente pelo devedor.

Já na obrigação de fazer infungível, temos uma obrigação de natureza personalíssima ou *intuito personae*, que pode decorrer da própria natureza da

prestação ou da relação obrigacional. Dessa forma, caso ocorra o inadimplemento do devedor, o credor poderá exigir:

- i. O cumprimento forçado da obrigação, por meio da tutela específica, com a possibilidade de multa ou “*astreintes*”;
- ii. Exigir perdas e danos, caso a obrigação não interesse mais

É importante ressaltar que, conforme disciplina o art. 248 do Código Civil, caso a obrigação de fazer, fungível ou infungível, torne-se impossível, sem culpa do devedor, a obrigação será resolvida sem a necessidade de pagamento de perdas e danos.

2.1.2 Conceito de Obrigação de não fazer

A obrigação de não fazer tem como prestação a abstenção de uma determinada conduta. Em razão disso, essa obrigação é, na maioria das vezes, infungível.

O art. 390 do Código Civil disciplina que o devedor é considerado inadimplente nas obrigações negativas, desde o dia em que executa o ato de que devia se abster. Neste caso, o credor pode exigir:

- i. O cumprimento forçado da obrigação, ou seja, a abstenção do ato, por meio de tutela específica, com a possibilidade de exigir a fixação de multa ou *astreintes*;
- ii. Perdas e danos, caso a obrigação não interesse mais ao credor

Da mesma forma que nas obrigações de fazer, o Código Civil também prevê em seu art. 251, parágrafo único, como forma de tutela extrajudicial ao credor, em caso de inadimplemento do devedor, ou seja, caso ele execute o ato, a possibilidade de desfazer ou mandar desfazer o ato, sem autorização judicial, sendo ressarcido posteriormente por perdas e danos.

Por fim, conforme disciplina o art. 250 do Código Civil, caso a obrigação de não fazer, se torne impossível, sem culpa do devedor, a obrigação resolve-se sem a necessidade de pagamento de perdas e danos.

2. 2 Resultado prático equivalente ao do adimplemento

O caput do art. 461 do Código de Processo Civil além de tratar da tutela específica da obrigação, também, trata do resultado prático equivalente ao adimplemento. Neste caso, é possível visualizar a presença do Princípio da primazia da tutela específica ou da especificidade no qual garante ao credor, na medida do possível, exatamente aquilo que obteria se o devedor cumprisse espontaneamente a obrigação que lhe cabia.

De acordo com a leitura do referido dispositivo, pode se concluir que a tutela específica da obrigação e o resultado prático equivalente são tratados de forma opostas, assim como se observa em seu § 5º. Isso nos deixa uma dúvida: são essas medidas distintas?

Cássio Scarpinella Bueno⁷ entende que:

“[...] a diferença entre a tutela específica e o resultado prático equivalente ao do adimplemento repousa nas técnicas a serem empregadas judicialmente – na atividade jurisdicional executiva a ser desempenhada, portanto – para obtenção do cumprimento da obrigação (pedido imediato), isto é, para perseguição do bem da vida pretendido pelo autor (pedido mediato). [...] [No mais], afina-se a diretriz legal a possibilidade de o juiz conceder ao autor resultado próximo àquele que decorreria do próprio direito material, embora não coincidente, mas que, de qualquer sorte, mostra-se menos frustrante que as perdas e danos.”

Portanto, o autor entende que o resultado prático equivalente trata de medidas conferidas ao julgador para que o credor obtenha a tutela específica.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁸ possuem opinião semelhante ao do citado autor:

“Ocorre que a obtenção do resultado prático correspondente também se enquadra na noção doutrinária de tutela específica (tutela que tenda exatamente ao mesmo resultado - que não a obtenção de dinheiro - que se teria sem a violação do direito).

Sendo assim, e, para que se preserve a dicotomia reiteradamente prevista no texto legal, deve se reconhecer que o termo “tutela específica da obrigação”, no art. 461, significa algo ainda mais

⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional Executiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p.416.

⁸ TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Tutela Execução*. 14 ed. RT, 2014. v. 2. p.426.

restrito do que a definição doutrinária que se dá a esse conceito. No art. 461, “tutela específica da obrigação” distingue-se de “obtenção de resultado prático equivalente”, por consistir na busca do resultado final não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através de sua própria conduta.

Ambas, tutela específica da obrigação e obtenção do resultado prático equivalente, enquadram-se na noção doutrinária de tutela específica, contrapondo-se à conversão em perdas e danos- tutela genérica, relegada à excepcionalidade (art. 461, §1º).”

Interessante mencionar o pensamento de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira.⁹ que vai além e afirmam:

“Parece-nos, contudo, que, ao autorizar o magistrado a tomar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, o *caput* do art. 461 vai além de simplesmente permitir que o julgador se valha de medidas coercitivas adequadas à obtenção do resultado final almejado. Pelo que se vê, o legislador autoriza aí que se chegue a um resultado *equivalente* ao do adimplemento, ainda que não totalmente coincidente. Não se trata, porém, de equivalente pecuniário, mas, sim, de equivalente em fazer ou não fazer. [...] Daí se vê que, embora haja uma prioridade na busca e na concessão da tutela específica, o *caput* do art. 461 do CPC autoriza que o magistrado, à luz do caso concreto, ponderando os valores em jogo, tome providências no sentido de garantir ao credor um resultado prático *equivalente* ao que obteria com a tutela específica ou com o adimplemento voluntário da obrigação imposta. Essa via alternativa- que sempre deve ser trilhada como rota *subsidiária* e *excepcional* – configura exceção legal ao princípio da congruência objetiva, segundo o qual a decisão deve ficar adstrita ao pedido formulado pela parte, na medida em que permite ao magistrado desdobrar-se dos limites objetivos fixados até mesmo no pedido *mediato* (bem da vida) formulado pelo demandante. ”

Seguindo o entendimento do autor, Luiz Guilherme Marinoni¹⁰ afirma:

“Dessa forma, os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de defesa do consumidor permitem que seja proposta ação de remoção do ilícito, vale dizer, ação destinada a remover- independente da vontade do demandado- um ilícito ou uma situação de ilicitude.”

Cândido Rangel Dinarmarco¹¹ entende de forma divergente aos dos últimos autores citados:

⁹ DIDIER JR, Fredie; et al. “Curso de Direito Processual Civil”. Execução. 6. Edição. Editora Juspodium. p. 426.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. Editora RT. 2009.p.93.

“Não se trata de criar ou determinar a criação de uma situação final diferente daquela que desde antes já constituía objeto da obrigação de fazer ou não fazer: determinar em sentença um resultado que não estava na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Const., art. 5.º, inc.II), além de, provavelmente, transgredir os limites do objeto do processo (CPC, arts. 128 e 460). Ao determinar essas providências, o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do pedido feito pelo autor na inicial, sempre tendo em mira o *resultado final* a que ele tinha direito.”

Acredito que a previsão legal que assegura ao credor o resultado prático equivalente ao adimplemento, não configura uma exceção ao princípio da congruência objetiva, pois, o devedor não será compelido a cumprir algo diverso ao contratado, mas sim, equivalente ao que contratou com o devedor, porém cumprido de forma diversa. Portanto, também entendo que o resultado prático equivalente trata-se de uma medida conferida ao juiz para que o credor obtenha a tutela específica.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed.São Paulo: Ed. Malheiros.1997, n.112, p.156.

3. A CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS

3.1 Credor como titular da escolha

O art. 461 § 1º do Código de Processo Civil disciplina que a obrigação somente se converterá em prestação pecuniária, caso o credor a requeira ou se não for mais possível a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento.

Conforme já explicitado no capítulo 1, a introdução desse dispositivo legal no Código de Processo Civil modificou o antigo pensamento que permitia concluir que cabia ao devedor escolher se convertia a obrigação em perdas e danos. Hoje, a opção de conversão da obrigação em prestação pecuniária cabe ao credor, e não mais ao devedor.

Interessante expor o pensamento de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹² a despeito do Código Civil de 2002 em relação ao § 1º do art. 461 do CPC:

“... o Código Civil de 2002 terminou por lançar mão do regramento retrógrado, ressuscitando dispositivos fundados em velhos ideais.

Com efeito, repetiu, em seu art. 389, norma em tudo semelhante à prevista no defasado art. 1056 do Código Civil de 1916, afirmando que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” Tratando especificamente sobre o inadimplemento das obrigações de fazer, insistiu no equivoco ao estabelecer que “ incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível” (art. 247 CC)

Apesar de a sua redação estar defasada nesses pontos, tem se tentado dar ao Código Civil de 2002 uma interpretação conforme o regramento previsto no art. 461 do CPC e conforme o próprio ideal de tutela jurisdicional efetiva, previsto no art.5º, XXXV, da CF. Sendo assim, costuma-se dizer que as obrigações de fazer e de não fazer deverão inicialmente, ser objeto de tutela específica, mas poderão ser convertidas em prestação pecuniária, tal como autoriza o art. 389 do CC, nos casos previstos no § 1º do art. 461.”

¹² DIDIER JR, Fredie; et al. “Curso de Direito Processual Civil”, ob. cit. p. 430.

Essa consideração do Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira demonstra que a conversão da obrigação em perdas e danos nos leva a uma interpretação sistemática do Código Civil com o Código de Processo Civil para que haja aplicação deste último, pois, se assim não fosse, o art. 247 CC de 2002, por ser lei posterior ao §1º do art. 461 do CPC, autorizaria o devedor inadimplente a simplesmente indenizar o credor.

3.2 Conflito entre a vontade do credor na conversão e a possibilidade da tutela específica

É importante mencionar que o §1º do art. 461 do Código de Processo Civil deixa algumas dúvidas quanto à sua aplicação. Uma delas seria se o devedor fosse inadimplente e, sendo possível a concessão da tutela específica, o credor preferisse a conversão da obrigação em perdas e danos. O juiz estaria obrigado a atender ao pedido do credor ou deveria conceder a tutela específica?

Uma parte da doutrina entende que por se tratar de um direito disponível do autor, a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos, cabe à ele a escolha do que lhe for mais conveniente quando inadimplente o devedor. Esse entendimento fundamenta-se no Princípio da Disponibilidade da Execução, consagrado no art. 569, caput do Código de Processo Civil:

“O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”.

Nesse sentido Teori Albino Zavascki¹³:

“O princípio da disponibilidade faculta ao credor desistir da ação de execução ou “de apenas algumas medidas executivas”. Medidas executivas, ou meios executivos, são as que têm por finalidade alcançar o atendimento da pretensão do exequente. A desistência de uma delas, na hipótese aventada, não compromete o prosseguimento da execução. Portanto, logicamente, só é viável quando houver pluralidade de meios executivos à disposição do exequente, sejam de coerção (mula diária, prisão) sejam de sub-rogação (alienação de bens, usufruto, desconto em folha)”.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – Parte geral*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2004, pp. 98/99.

Seguindo a mesma orientação Cássio Scarpinella Bueno¹⁴ afirma que “o autor pode pleitear perdas e danos. A hipótese tutela a vontade do autor e indica que a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente (mesmo quando possível) nem sempre é impositiva para o Magistrado”.

Já em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover¹⁵ afirma que a conversão somente seria admissível quando não fosse excessivamente gravoso o cumprimento da obrigação. Nesse sentido, ela defende a observância do princípio da menor onerosidade da execução que protege o devedor de suportar prejuízos além do necessário para satisfazer o direito do credor. Vejamos:

“Embora o § 1º do art. 461 pareça assegurar o direito do credor à preferência pela conversão em perdas e danos, esta não pode prevalecer em qualquer hipótese, sob pena de retroceder-se aos tempos em que o processo era visto como luta sem quartel entre as partes, a que o juiz assistia indiferentemente.”.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶, com entendimento diverso defendem que:

“A possibilidade de escolha conferida ao credor não tem o condão de infirmar o princípio da menor onerosidade possível, eis que esse princípio se aplica prioritariamente aos meios executivos de que o magistrado vai lançar mão para impor ao devedor o cumprimento do seu dever.”

Já Cândido Rangel Dinamarco¹⁷ entende que a vontade do credor não é assim tão livre:

“Outra abertura deixada pelo §1º do art. 461 para a conversão é a vontade do credor, mas essa vontade não é tão livre que lhe permita optar pelas perdas e danos sem a prévia manifestação de qualquer resistência do devedor ou de dificuldades para efetivar as medidas judiciais. A ampla e irrestrita liberdade de optar pareceria até contar com o apoio da própria lei, que não faz ressalva alguma (v. também art. 633), assim como da autonomia da vontade, que é filha da garantia constitucional da liberdade- mas esse não é o melhor entendimento. Ao obrigado que em momento algum se mostrou resistente à pretensão representada pelo título executivo pode

¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Anotado*, coord. Antonio Carlos Marcato, São Paulo, Atlas, 2004,p. 1410.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 259, nota de rodapé 25.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie; et al. *Curso de Direito Processual Civil*, ob. cit. p. 431.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Ed. Malheiros. 7ed. 2013, p.517 e 518.

parecer mais conveniente entregar a própria coisa ou realizar o resultado específico, não sendo lícito impor-lhe a conversão sem que ele haja concorrido para isso e sem que haja sobrevindo a impossibilidade de fazê-lo; se o credor manifestar preferência pela conversão nessas circunstâncias, optara o obrigada entre aceitá-la ou não, sendo seu assentimento rigorosamente indispensável para que ela prevaleça. As conversões autorizadas no sistema do art. 461, §1º, são excepcionais e só se legitimam como reação da ordem jurídica às impossibilidades ou às ilegítimas resistências do obrigado.”

A despeito dos argumentos contrários, o STJ¹⁸ já decidiu no sentido dos autores supracitados que defendem a observância do Princípio da Menor Onerosidade da Execução. No caso, a autora objetiva a condenação da ré (editora de revista) no fornecimento de 7 (sete) edições de determinada revista infantil, referente ao período de 7 meses, pois, afirma que efetuou o pagamento integral do preço anual cobrado pela edição da revista. Contudo, a editora somente forneceu a revista infantil nos 5 primeiros meses, pois, não editaria mais a revista contratada pela autora, porém lhe ofereceu a oportunidade de escolher outra, que no caso a autora recusou. A demanda foi julgada improcedente em primeira e segunda instância, pois, conforme entenderam os julgadores a autora somente requereu a tutela específica, e como ela era considerada impossível, a requerente deveria ter

¹⁸Ementa: Recurso Especial - Contrato de fornecimento de revistas – Obrigação de fazer - comprovação, pela editora-ré, da inviabilidade econômica do cumprimento da obrigação, em razão de onerosidade excessiva -art. 333, inciso ii, do código de processo civil - necessidade de incursão no conjunto fático-probatório - Impossibilidade, na presente via recursal - óbice do enunciado n. 7 da súmula/stj -impossibilidade da concessão de tutela específica e da obtenção do resultado prático equivalente - conversão da obrigação em perdas e danos - possibilidade, inclusive de ofício - aplicação do direito à espécie - possibilidade, in casu - recurso especial parcialmente provido. I - A alteração das conclusões do acórdão recorrido no sentido de que a Editora recorrida teria comprovado suficientemente nos autos a impossibilidade econômica de continuar a cumprir a obrigação da fazer, implicaria o reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 7/STJ); II - Independentemente de a impossibilidade ser jurídica ou econômica, o cumprimento específico da obrigação pela recorrida, no caso concreto, demandaria uma onerosidade excessiva e desproporcional, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento; III - É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada; IV - Na espécie, a aplicação do direito à espécie por esta Corte Superior, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, afigura-se possível, tendo em conta os princípios da celeridade processual e da efetividade da jurisdição; V - Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 3ª T., REsp 1055822 / RJ, rel.Min. Massami Ueyda, j. 24.05.11, DJ 26.10.11.)

feito o pedido específico, conforme disciplina o art. 84 do CDC. No STJ, o ministro relator Massami Ueyda entendeu que exigir a edição de 7 (sete) exemplares de revista exclusivamente para a autora demandaria uma onerosidade excessiva e desproporcional para a ré. Contudo, decidiu que a autora da demanda tem razão no sentido de que o art. 461 §1º do Código de Processo Civil autoriza o juiz de ofício a converter a obrigação de fazer ou não fazer em indenização por perdas e danos uma vez constatada a impossibilidade da concessão da tutela específica.

Interessante trazer também o entendimento de outra Turma do STJ¹⁹ que segue a mesma posição da anterior. No caso em questão a autora, joalheria de

¹⁹ “Recurso especial. Civil. Processual civil. Locação. Violação ao art.535 do código de processo civil. Súmula 284/stf. Súmulas 5 e 7/stj. Inaplicabilidade. Contrato de locação. Natureza. Irrelevância para a concessão de tutela específica. arts. 461 e 461-a do diploma processual. Norma plúrima de aplicação conjunta. Ôbices fáticos e contratuais ao cumprimento específico. Conversão em perdas e danos. Cálculo na forma de lucros cessantes. Cabimento. Desnecessidade de prova pericial. Prazo total de 10 anos. Manutenção dos critérios fixados na sentença. Honorários advocatícios. Fixação sobre o valor da condenação. 1. O art. 535 do Código de Processo Civil, muito embora indicado pela recorrente como violado, não mereceu atenção em suas razões recursais, daí porque não há como analisar possível ofensa a este artigo, incidindo, no caso, por analogia, a Súmula 284/STF. 2. Estando delineada nos autos a situação fática e não tendo a recorrente pretendido nenhum reexame da questão sob o ponto de vista probatório, é de se afastar a aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ, notadamente porque as questões controvertidas no presente recurso especial dizem respeito tão somente a teses jurídicas, que têm, por lógico, um substrato fático ensejador de aplicação da norma jurídica, como sói acontecer com toda pretensão jurídica lançada a conhecimento do Poder Judiciário. Precedentes.3. Debate doutrinário sobre a natureza do contrato de locação que não influencia sobre a aplicabilidade do art. 461 do Código de Processo Civil às pretensões de tutela específica em caso de descumprimento de avença locativa. 4. As normas do art. 461 e do art. 461-A do Diploma Processual têm como pano de fundo a mesma interpretação lógica. É dizer: os dois artigos formam, na verdade, um todo único em que, quando se tratar de obrigação de fazer, não-fazer, dar ou entregar coisa, pode ser determinada a tutela específica da obrigação, porquanto o comando normativo inserto nos referidos dispositivos consubstanciam uma norma plúrima de aplicação conjunta. 5. Todavia, no caso, há dois óbices fáticos ao cumprimento específico da obrigação, quais sejam, a instalação de outra loja com o mesmo objetivo no mesmo local (hall do Hotel Marriott no Rio de Janeiro) e a informação lançada pelo acórdão recorrido de que no local em que seria instalada a loja da recorrente há hoje um Bar em funcionamento. 6. Ademais, em consonância com o primeiro óbice fático apontado, tem-se que há dois contratos firmados com cláusula de exclusividade, com o mesmo objetivo, pela mesma contratante com locatários diversos, denotando a impossibilidade contratual de se determinar o cumprimento da obrigação específica. 7. Portanto, o cumprimento específico da obrigação, no caso, demandaria uma onerosidade muito maior do que o prejuízo já experimentado pela recorrente, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento, devendo, na forma do que determina o art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, ser convertida a obrigação em perdas e danos. Doutrina. 8. Superado o pedido principal do recurso especial de concessão de tutela específica, é possível a fixação de lucros cessantes a título de conversão da obrigação em perdas e danos. 9. O indeferimento da prova pericial não impede a configuração dos lucros cessantes, que poderão ter seu montante apurado em liquidação de sentença, sobretudo porque, em certos casos, referido dano pode ser aferido até mesmo da experiência comum. Precedente.10. O prazo de duração da locação referido como de 5 (cinco) anos renováveis automaticamente por mais 5 (cinco) deve ser computado como um total de 10 (dez) anos para efeitos de cálculo de lucros cessantes e não ser limitado apenas ao primeiro quinquênio contratual.11. Não há que se alterar os parâmetros utilizados pela sentença para o cálculo dos lucros cessantes quando estes exprimem com exatidão as perdas do locatário.12. Este Tribunal

grande renome, ajuizou ação em face de uma rede de hotéis objetivando o cumprimento da obrigação prevista no contrato de locação celebrado, com cláusula de exclusividade com a ré, visando a sua instalação no lobby do hotel da respectiva rede hoteleira construída no Rio de Janeiro. No caso, a rede de hotéis não cumpriu o contrato, pois, celebrou outro contrato de exclusividade com outra joalheria. Na inicial a autora pleiteou a tutela específica, ou na sua impossibilidade a conversão em perdas e danos, nos termos do art. 461, §1º do Código de Processo Civil. Sendo assim, o pedido da autora foi julgamento parcialmente procedente, em primeira e segunda instância, pois foi decidido que não era o caso de determinar a ré a entregar a área para locação da autora, na medida em que a ré já havia celebrado outro contrato de locação na mesma área, também com exclusividade, com outra joalheria, e sendo assim, este fato impediria a tutela específica. Dessa forma, o julgador resolveu o contrato em perdas e danos, com direito a seus acréscimos. No STJ, a autora alegou a violação do art. 461 §1º do CPC, afirmando ser perfeitamente possível a tutela específica. A ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura decidiu que o cumprimento específico da obrigação contratual demandaria uma onerosidade muito maior do que o prejuízo experimentado pela própria autora, pois, no local em que seria instalada a joalheria existe um bar em funcionamento, indicando que para o cumprimento da obrigação, este bar teria que ser desativado e sua estrutura desmontada para dar lugar à loja autora. Ademais, não haveria possibilidade de se instalar a joalheria no local desejado, porque haveria duas lojas instaladas no mesmo hotel, sendo que os contratos firmados por ambas não admite essa concomitância. Dessa forma a ministra relatora entendeu que conforme disciplina o art. 461, §1º do Código de Processo Civil na impossibilidade da tutela específica impõe-se a conversão da obrigação em perdas e danos.

Destarte, através de uma análise concreta do §1º do art. 461 do CPC é possível afirmar que não basta a vontade do credor, no caso de inadimplência do devedor nas obrigações de fazer ou não fazer, o juiz deve observar o Princípio da Menor Onerosidade da execução na aplicação das tutelas específicas ou, não sendo

tem jurisprudência consolidada no sentido de que havendo condenação, os honorários devem ser fixados sobre esta e não sobre o valor da causa.¹³ Recurso especial provido (STJ, 6ª T., REsp 898184 / RJ, rel.Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24.06.08, DJ 04.08.08)

possível a sua realização, converterá em perdas e danos, podendo inclusive atuar de ofício nesse sentido.

3.3 Procedimento para apuração das perdas e danos

Presentes os requisitos para a conversão da obrigação em perdas e danos, o credor por simples petição ao juízo pode formular o pedido.

Diante do que foi exposto através de alguns julgados do STJ (apresentados no capítulo anterior) e, também, em respeito ao princípios do contraditório e da ampla defesa, é necessário que antes da conversão da obrigação em perdas e danos, o devedor seja intimado para que o juiz decida. Ainda que a parte não tenha requerido a conversão, o juiz poderá determiná-la de ofício se entender pela impossibilidade da tutela específica ou se entender que ela onere demasiadamente o devedor.

A conversão da obrigação em perdas e danos será realizada por meio do procedimento de liquidação de sentença incidental.

Trata-se de decisão interlocutória a decisão do juiz que defere o pedido do credor ou que determina a conversão de ofício, sendo recorrível por agravo de instrumento.

4. MEDIDAS DE APOIO QUE EFETIVAM AS TUTELAS ESPECÍFICAS

4.1 Medidas atípicas

O §5º do art. 461 do Código de Processo Civil prevê que o juiz pode de ofício ou a requerimento da parte determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica e para a obtenção do resultado prático equivalente.

Essas medidas de apoio, 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 policial, são enumeradas no citado parágrafo para compelir o devedor a cumprir a obrigação.

Dentre os meios de compelir o devedor a cumprir a obrigação existem os de execução indireta ou de coerção. Estes meios não são executivos, pois influenciam na vontade do devedor, e não incidem em seus bens, como por exemplo, a fixação de multa. Outras medidas de apoio, são as de sub-rogação, que produzem o próprio resultado desejado, como, por exemplo, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e o desfazimento de obras.

Embora essas formas executivas estejam previstas no dispositivo legal, é importante deixar claro o entendimento doutrinário no sentido de se tratar de um rol exemplificativo, em razão da impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas, e, porque se assim não fosse, não haveria a efetivação do objeto pleiteado pelo credor na medida em que o juiz só poderia atuar nos casos expressos da lei.

Esse poder concedido ao juiz para a escolha da melhor medida de apoio ao caso concreto, por óbvio, não é ilimitado e deve respeitar sempre aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da menor onerosidade ao executado.

Vejamos o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²⁰:

“A enumeração das medidas constantes do §5º não exaustiva- o que se depreende da locução conjuntiva “tais como” que a antecede. Contudo, não se trata de poder ilimitado que o juiz recebe. Fica afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento vede (por

²⁰ TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Execução*. 14 ed. RT, 2014. v. 2. p.430 e 431.

exemplo, a prisão civil, permitida apenas na estrita hipótese do art. 5º, LXVII). Depois, as providências adotadas devem guardar relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário.”

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que o rol dessas medidas assecuratórias é exemplificativo, no caso em que reconheceu como medida de apoio legítima, válida e razoável o bloqueio ou sequestro de verbas públicas depositadas em conta corrente do Estado, pois, o Estado devedor não cumpriu decisão de antecipação dos efeitos da tutela em ação que autora hipossuficiente acometida de osteoporose pleiteou o fornecimento de medicamentos, no irrisório valor de 345 (trezentos e quarenta e cinco) reais, para um tratamento. O Estado não cumpriu a decisão judicial alegando insuficiência de verba e a primazia dos Princípios de Direito Financeiro ou Administrativo referentes à ordem de recebimento de precatórios. Sendo assim, o STJ julgou que em detrimento da tese defendida pelo devedor, deveria prevalecer os direitos fundamentais à vida e à saúde, e decidiu que, através de uma interpretação analógica, as quantias de pequeno valor poderiam ser pagas independentemente de precatório. Ademais, afirmou que embora o bloqueio ou sequestro de verbas públicas possa parecer mais rigoroso, na verdade é uma medida menos onerosa do que a imposição de multa, pois o Estado somente arcará com o valor da obrigação; e mais efetiva, na medida em que alcança o resultado prático equivalente.²¹

²¹EMENTA: PROCESUAL CIVL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, §5.º, DO CP. ROL EXMPLIFICATIVO DE MEDIAS. PROTEÇÃO CONSTIUACIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINSTRATIVO. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA. 1. É cediço na Corte que: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido o acórdão embargado." (Súmula n.º168/STJ). 2. Recurso de embargos de divergência que encera questão referente à possibilidade do julgador determinar, em ação que tinha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos à pessoa hipossuficiente acometida de osteoporose, medias executivas assecuratórias o cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio seqüestro de verbas depositadas em conta corrente.3. Depreende-se do art. 461, §5.º do CP, que o legislador, ao possibilitar o juiz, de ofício ou a requerimento, determinadas medidas assecuratórias com a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de psoas e coisa, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial" , não fez deforma taxativa, mas sim exemplificativo, pelo que, in casu, o seqüestrou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se media legítima, válida e razoável (Precedentes: AgR no AG n.º 738.560/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU de2/05206; AgR noAG n.º

Ademais, é interessante mencionar que segundo os autores supracitados²² é possível cumular as medidas de apoio e, inclusive, quando elas forem viáveis devem se impostas pelo juiz, em razão da preferência pelo resultado específico:

“Os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderão ser utilizados simultaneamente. Aliás, e em face da absoluta preferência pelo resultado específico, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição. Não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra, acompanhada da cominação de multa, o provimento antecipador desde logo determine a atuação de instrumentos que atinjam o resultado equivalente prescindindo da colaboração do demandado.”

Como a multa coercitiva é a medida de apoio mais utilizada em nosso ordenamento jurídico, ela será tratada nos itens deste capítulo de forma mais específica.

750.96/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19/05206; AgR no AG n.º 734.806/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 1/05206; e AgR no REsp n.º 795.21/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 03/05/2006). 4. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para torna efetiva tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida o demandante. 5. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção a dignidade da pessoa humana, há de supera quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 908/93, do Estado Rio Grande do Sul, que assim dispõem seu art. 1.º "Art. 1.º O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, em privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e da sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente." 6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclamam efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o procedimento do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde da vida e cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por eles eclipsados. 8. In casu, a decisão ora hostilizada pelo embargante importa na disponibilização em favor da parte embargada quantia de R\$ 345,0 (trezentos e quarenta e cinco reais), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de subrogação. 9. Por fim, sob ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 10. Precedente da Primeira Seção: ERSP n.º 78.10/RS, deste relator, publicado no DJ de 14.082061. Agravo Regimental desprovido (STJ, 1ª Seção, AgRg no ERESP 796.509/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.10.2006, DJ.30.10.2006).

²² TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Execução*. 14 ed. RT, 2014. v. 2. P. 431.

4.2 Multa coercitiva

4.2.1 Origem da multa

A multa periódica é um meio de coerção aplicada nas obrigações de fazer e não fazer pelo atraso no cumprimento da prestação. Tal instituto teve origem no Direito Francês, onde recebeu o nome de *astreintes*. Em razão da impossibilidade de sua tradução, a doutrina e jurisprudência brasileira (e de outros países) adotaram esse termo francês para se referir à multa coercitiva.

Os §§ 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil tratam da multa como uma forma de constranger o devedor a cumprir a obrigação, pois, ela pressiona o devedor a refletir sobre o cumprimento da prestação no prazo assinalado pelo juiz, caso contrário deverá pagá-la, além de cumprir a obrigação. Trata-se da medida de apoio mais utilizada na prática forense.

A multa coercitiva não pode ser confundida com a indenização por perdas e danos, pois, neste último ocorre uma reparação do dano pelo devedor quando não cumpre a obrigação. Outrossim, o § 2º do art. 461 do Código de Processo Civil é expresso quanto a essa diferenciação, na medida em que disciplina a possibilidade de cumulação dos valores da indenização por perdas e danos e da multa. Da mesma forma, ela não pode ser confundida com a cláusula penal, pois esta é fixada pelas partes, e por isso tem um valor previamente determinado no caso de inadimplemento da obrigação.

Consoante esse entendimento Alexandre Freitas Câmara²³ afirma:

“Não se confundem as *astreintes* com as perdas e danos, uma vez que a função destas é reparar o dano causado pelo não cumprimento da obrigação, enquanto aquela multa pecuniária tem o objetivo de constranger o executado a realizar a prestação devida. A impossibilidade de confusão entre os dois institutos é tão evidente que o próprio Código de Processo Civil afirma, textualmente, que a “indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa” (art. 461, § 2º, CPC).

Também não se confundem as *astreintes* e a cláusula penal. Esta última é uma pena convencional, fixada, pois, pelas partes, e que tem por fim prefixar perdas e danos pelo inadimplemento total ou parcial da obrigação. As *astreintes*, como visto, não têm natureza convencional, nem se prestam a prefixar perdas e danos, não se

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21 Ed. Atlas, 2012. V.2.p.278.

confundindo com estas. Em razão dessa distinção, não se pode querer aplicar às *astreintes* o disposto no art. 412 do Código Civil de 2002, que limita o valor da cláusula penal, estabelecendo que esta não pode exceder o valor da obrigação principal.”

A maioria da doutrina entende que a multa coercitiva é cabível para qualquer tipo de obrigação de fazer ou não fazer, conforme anota Luiz Guilherme Marinoni²⁴:

“Se todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva – efetividade que poderia ser comprometida caso a execução tivesse que ser feita necessariamente, na hipótese de obrigação fungível, através da execução forçada ou por sub-rogação –, e se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, não há como admitir que a tutela jurisdicional que implica em um fazer fungível não possa ser executada através de multa”

Porém, ainda há autores que entendem ser cabível somente para as obrigações infungíveis, como é o caso de Moacyr Amaral dos Santos²⁵:

“Será aplicável a multa visando ao cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer. Não quanto às demais espécies de obrigações. Nos termos em que estão redigidos os dispositivos transcritos, sua aplicação poderá ter lugar, quer seja obrigação de fazer fungível ou infungível. Em boa doutrina, entretanto, não nos parece razoável a aplicação desse meio coativo no concernente à obrigação de fazer fungível, porquanto o credor tem recurso adequado para fazê-la cumprida especificamente por intermédio de terceiro (Cód. Proc. Civil, art. 634. Ver ns.976-978). Mas não se pode negar que, mesmo nessas espécies de obrigação, casos há em que a multa poderá produzir bons resultados, apressando o cumprimento tal qual o devedor se obrigara. A grande utilidade da medida coativa se concentra, principalmente, no campo das obrigações de fazer infungíveis e das obrigações de não fazer.”

Interessante esse entendimento do doutrinador, pois apesar dele entender pela utilidade da multa somente nas obrigações infungíveis, ele reconhece que o Código de Processo Civil não trouxe essa diferenciação quanto aos diferentes tipos de obrigações fungíveis ou não, e, admite a sua efetividade nas obrigações fungíveis.

4.2.2 Periodicidade da multa

²⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Vol. III. São Paulo: RT, 2007, p. 77.

²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 24 edição. Ed. Saraiva.V.3 2010, pg 410.

É importante tratar o assunto da periodicidade dessa medida coercitiva, pois o § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz poderá impor multa diária ao réu. Já o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil disciplina que o juiz poderá determinar a imposição de multa por tempo de atraso. Dessa forma observa-se que os dois parágrafos tratam das *astreintes*, porém, um determina que deve ser observada a periodicidade diária, e o outro não.

Para a maioria da doutrina, apesar do parágrafo 4º do referido artigo disciplinar “multa diária”, a incidência dessa periodicidade pode ser outra como semanal, mensal e até mesmo horária. Dessa forma Fredie Didier, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁶ afirmam:

“Apesar de ser muito comum a utilização da multa diária, deve-se ver que a periodicidade de sua incidência nem sempre será essa. Pode ser. Mas a multa também pode ser horário, semanal, mensal, anual ou até mesmo fixa. O caso concreto é que vai dizer. Basta pensar num exemplo: há um carnaval fora de época marcado para um determinado dia e a associação de moradores do bairro onde o evento vai ser realizado entra com uma ação para impedir que a festa ocorra; consegue uma liminar na véspera da festa; de que adianta nesse caso, multa diária para convencer o organizador a não realizar a festa”

Entretanto, há doutrina que apesar de compreender que a periodicidade da multa não é apenas diária, não aceita a possibilidade dela ser horária, como é o caso de Alexandre Câmara²⁷:

“Em primeiro lugar é preciso dizer que a norma aqui referida fala em “multa diária” para se referir a uma unidade de tempo que, não necessariamente, corresponde a um dia. Assim, pode ser a multa fixada não apenas por dia de atraso na satisfação do direito, mas por semana, mês semestre de atraso, ou outra unidade de tempo qualquer (desde que possível sua decomposição em dias, o que significa dizer que será inaceitável a fixação de multa por hora de atraso).”

Não obstante a divergência doutrinária, o STJ²⁸ já decidiu quanto à possibilidade de *astreintes* com incidência horária, no caso em que o Ministério

²⁶ DIDIER JR, Fredie; et al. “Curso de Direito Processual Civil”, ob. cit. p. 448.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21 Ed. Atlas, 2012. V.2.p.280.

²⁸ EMENTA:PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INTERRUÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CULPA DE TERCEIRO: SÚMULAS 283/STF E 7/STJ - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DANO MORAL DECORRENTE DA INTERRUÇÃO DO SERVIÇO: DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO - FIXAÇÃO DE ASTREINTES POR HORA DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO: POSSIBILIDADE - DESCABIMENTO DA REDUÇÃO DAS MULTAS IMPOSTAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM: OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO

Público propôs ação civil pública para condenar determinada Concessionária de Serviço Público de Telefonia pela interrupção do seu serviço. O juiz de primeiro grau condenou a ré e fixou as *astreintes* por hora de descumprimento do serviço. A ré em seu recurso no STJ alegou a impossibilidade de fixação das *astreintes* por descumprimento do serviço, ainda mais, porque pela própria natureza, demandaria razoável intervalo de tempo. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não merece prosperar o entendimento de impossibilidade de multa horária, isto porque o § 5º do art. 461 do CPC autoriza expressamente o juiz a estabelecer de ofício as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, dentre elas, a fixação de multa por tempo de atraso. Sendo assim, julgou como possível a condenação do réu ao pagamento de multa fixada por hora, pois, decidiu que o período de uma hora se adequa ao conceito de “tempo de atraso”, previsto na lei

Conforme a maioria da doutrina e a jurisprudência colacionada, também considero possível a aplicação de multa horária, pois como afirma o STJ a “multa horária” se adequa ao conceito de “tempo de atraso” previsto no §5º do citado artigo. Outrossim, garante a efetividade das decisões em que somente seria possível a multa horária como exemplifica Fredie Didier, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira.

4.2.3 Prévia intimação pessoal do devedor

A lei não pronuncia qual o termo inicial da cobrança da multa coercitiva, entretanto, a doutrina e a jurisprudência defendem que ele se inicia a partir da intimação do devedor e não de seu advogado. Isso decorre pelo fato do cumprimento da obrigação depender de uma atuação pessoal da parte, pois não se trata de um ato de postulação privativo do advogado.

DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.1. Ausente impugnação a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, não há como ser conhecida tese relativa à ocorrência de culpa de terceiros.2. Descabe ao STJ emitir juízo de valor sobre controvérsia cuja solução demanda revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.3. Em não havendo divergência na interpretação do direito federal feita entre os acórdãos confrontados no recurso, não há como ser conhecido o especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.4. O § 5º do art. 461 do CPC possibilita ao juiz fixar multa por tempo de atraso, de onde se conclui pela da multa por hora na interrupção do serviço fixada pelo Tribunal de origem.5. Tendo a instância a quo atentado para o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação das multas, não há razão para que sejam alterados seus valores.6. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido. (STJ, 2ªT, RESP 1.142.908/MA, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.04.2010, DJ.14.04.10).

Nesse sentido Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca²⁹ afirmam que:

“Para que a multa coercitiva passe a incidir é preciso que a respectiva decisão esteja com a eficácia liberada, que tenha transcorrido o prazo assinado para o cumprimento do dever imposto e que o devedor tenha sido pessoalmente intimado a seu respeito.”

Outrossim, corroborando com o entendimento da doutrina o STJ, para que não houvesse dúvida quanto a essa questão, editou a Súmula 410³⁰ estabelecendo a prévia intimação do devedor como condição necessária para a cobrança da multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Apesar do tema parecer tranquilo tanto na doutrina como na jurisprudência, a Ministra Nancy Andrighi, recentemente, sustentou uma nova tese em um de seus processos defendendo que a intimação da multa coercitiva poderia ser feita pelo advogado. No caso, uma joalheria propôs ação em face de uma seguradora objetivando o restabelecimento de contrato de seguro firmado pelas partes, o pedido da autora foi julgado procedente em primeira e segunda instância e foi fixado multa por atraso no cumprimento. Dessa forma, a autora promoveu a execução da multa diária fixada na sentença alegando que o seguro somente foi restabelecido em 09.09.2005, sendo que as *astreintes* seriam devidas desde 10.06.2005, pois, foi o primeiro dia posterior ao prazo de 30 dias concedidos na sentença para o cumprimento, contados do trânsito em julgado ocorrido em 10.05.2005. Assim, a ré propôs embargos de divergência no STJ, alegando que para as *astreintes* serem devidas, era necessária a intimação pessoal do devedor, pois a decisão judicial aplicou multa diária pelo descumprimento da obrigação. A ministra relatora apesar de citar a sum 410 STJ, defendeu que um outro entendimento deve ser dado à essa questão, pois, através de uma interpretação histórica da nossa constituição e do processo civil sempre foi buscado a efetividade das decisões judiciais e ela faz uma analogia à polêmica sobre o *dies a quo* dado à multa por descumprimento de obrigação de pagar quantia certa do art. 475-J, no qual foi decidido que baixado os

²⁹ NEGRÃO Theotonio; et al. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 45 Ed. Saraiva, 2013.p.536.

³⁰ “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

autos à comarca de origem e aposto o “cumpra se” pelo juiz de primeiro grau, o devedor deverá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 dias. Dessarte, ela compreende que esse entendimento da Corte Especial do STJ quanto ao dies a quo do cumprimento de sentença segue a tendência das reformas do Código de Processo Civil, rompendo com a regra de que a imposição de obrigações ou ônus pessoais, cuja pratica geralmente não está compreendida nos poderes conferidos ao advogado, deveria ser comunicada pessoalmente à parte.

Interessante explicitar que o Ministro Luis Felipe Salomão pediu vista dos autos, pois não concordou com a tese adotada pela Ministra e defendeu que é necessário ser fiel ao texto da Sum 410 STJ³¹.

Acredito que essa tese defendida pela Ministra Nancy Andrichi seja um entendimento particular dela, que não vem sendo aplicada na nossa jurisprudência, pois, hoje a maioria da doutrina entende que o devedor deve ser intimado pessoalmente para cumprir a decisão. Ademais, com a publicação da Sum 410 do

³¹EMENTA:PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE APRECIA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER. ASTREINTES. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.1. Os embargos de divergência em agravo de instrumento, apresentados contra acórdão que ingressa na apreciação do mérito do recurso especial, não encontram óbice na Súmula 315/STJ. Precedentes.2. A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, sendo certo que, para este último, consoante entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS, admite-se a intimação, via advogado, acerca da multa do art. 475-J, do CPC; (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à do art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC;(v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras “arapucas” processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto.3. Assim, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do “cumpra-se” pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do “cumpra-se”, mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado. Em suma, o cômputo das astreintes terá início após: (i) a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca do resultado final da ação ou acerca da execução provisória; e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação.4. Embargos de divergência providos. (STJ, 2ª Seção, ED no Ag 857.758, rel. Min. Nanci Andrichi, j. 23.2.11, DJ.25.8.11).

STJ que preceitua a necessidade de intimação de devedor e não a do seu advogado, é de se entender que o Superior Tribunal de Justiça ainda segue esse entendimento, pois até o momento a súmula não foi revogada e a maioria dos julgamentos desse Tribunal ainda aplica a súmula em debate.

4.2.4 A Fazenda Pública em juízo

Uma questão já superada no Superior Tribunal de Justiça, porém, divergente na doutrina diz respeito à possibilidade de imposição das *astreintes* à Fazenda Pública.

O Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação das *astreintes* à Fazenda Pública. Nesse mesmo sentido Eduardo Talamini³² afirma:

“Não há o que obste a cominação da multa contra pessoas de direito público. A separação dos poderes não serve de argumento em sentido contrário. (...) Aliás, a ideal observância dos princípios norteadores da função pública tornaria a multa até desnecessária. (...) Como, no entanto, a realidade administrativa está longe daquele parâmetro ideal, os meios processuais de coerção, inclusive a multa, revelam-se de extrema utilidade.”

Em sentido contrário à maioria da doutrina e da jurisprudência, Vicente Grecco Filho³³ defende:

“... Entendemos, também serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofre públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo”.

Interessante apresentar o entendimento de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁴ que defendem a possibilidade da aplicação das *astreintes* ao agente público responsável às providências necessárias ao cumprimento da prestação:

³² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC Art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p.241.

³³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19 ed. Vol. 3. Ed Saraiva.2008, p.75.

³⁴ DIDIER JR, Fredie; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Ob.cit., p. 453.

“De qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as astreintes diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar as providências necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostra-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada.”

Contudo, apesar da possibilidade de imposição das *astreintes* em face da Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça³⁵ não vem admitindo que ela seja estendida ao agente político, pois, de acordo com o Tribunal deve se respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, na medida em que esse agente político não participou do processo. Ademais, o ministro relator do processo afirma que existem outros meios legais de responsabilizar esses agentes, seja no âmbito criminal ou civil, sendo até possível uma intervenção federal nos moldes do art. 34, inciso VI, da Constituição Federal. Cabe aqui citar as palavras do Ministro relator Jorge Mussi:

“No entanto, a extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, lamentavelmente, está despida de juridicidade. Ao julgar conforme suas convicções, o julgador deve aplicar à controvérsia as disposições legais que considerar pertinentes, utilizando-se, na omissão da norma, das fontes integradoras do direito, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Deve, ainda, atender aos fins sociais a que se dirige a lei e às exigências do bem comum, como se extrai dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Todavia, nesse proceder judicante não pode se imiscuir em seara alheia, sob pena de usurpar a função do Poder Legislativo. Inexistente norma expressa que alcance a pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público, não há como manter o julgado no ponto.”

³⁵Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental.5. Recurso especial provido (STJ, 5ª T, REsp 747.371/DF, rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.04.2010, DJ.26.04.2010).

Acredito que apesar de ser possível a aplicação das astreintes em face da Fazenda Pública, não seja cabível contra o agente político, pois existem leis específicas para condená-los em caso de descumprimento de seus deveres e de decisões judiciais.

4.2.5 Valor da multa

O § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil disciplina sobre a multa coercitiva, porém não disciplina sobre o seu valor. O parágrafo mencionado limita-se a estabelecer que elas devem ser suficiente e compatíveis com a obrigação. Dessa forma, o juiz no caso concreto de averiguar dentro da proporcionalidade e razoabilidade qual seria o melhor valor para pressionar o devedor a cumprir a obrigação.

Essa liberdade concedida ao juiz para determinar o valor da multa não tem nenhuma vinculação com o valor da obrigação a ser cumprida, pois conforme já explicitado neste trabalho, a multa coercitiva não tem natureza sancionatória e nem compensatória (Cap. 4.2.1).

Destaca-se o entendimento de Eduardo Talamini³⁶ quanto ao valor da multa:

“A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário-ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos prévio e abstratos para sua definição (..). O julgador há de se estabelecer-los levando em conta as duas balizas, “suficiência” e “compatibilidade”, e sempre com o preciso exame do caso concreto.”

É preciso esclarecer que o valor das astreintes não pode ser irrisório, uma vez que não pressionará o devedor a cumprir a obrigação, porém, também não poderá ser excessivo, fora do alcance do obrigado, pois, um valor exorbitante também desestimula o cumprimento da obrigação.

Assim o §6º do referido artigo, para resguardar a proporcionalidade e razoabilidade da multa, disciplina que o juiz pode de ofício alterar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva à determinado caso.

Daniel Amorim Assumpção Neves³⁷ afirma:

³⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer..., ob.cit.p.248 e 249.

“Em meu entendimento, enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque a partir do momento em que a multa teve o seu objetivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir desse momento e calculando o valor somente relativamente ao período de tempo em que a multa mostrou-se útil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determiná-lo valendo do *princípio da razoabilidade*”

Ocorre que hoje, infelizmente, muitos devedores deixam de cumprir a decisão judicial que impõe as *astreintes*, permitindo que ela a atinja valores exorbitantes, em decorrência de sua oposição em cumprir a obrigação, e, ao final requerem a sua redução alegando seu valor excessivo, baseados no § 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, e, enriquecimento da parte contrária, ato proibido em nosso ordenamento. Nesse sentido a Ministra Nancy Andrighi³⁸ já decidiu que embora as *astreintes* tenham atingido um patamar excessivo, esse valor se deu única e exclusivamente pela renitência do devedor em cumprir a obrigação, e, sendo assim condenou o devedor ao pagamento das *astreintes*. No caso em questão, um condomínio propôs ação em face de um proprietário de unidade autônoma, porque este construiu irregularmente um deck em área comum do edifício - a qual fora cedido, sob a condição de que não fosse realizada qualquer obra. Em primeira e segunda instância o pedido foi julgado procedente condenado o proprietário a

³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4 ed. Ed.Método, 2012, p. 962

³⁸ EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. MULTA DO ART. 461, § 4º, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCASO DO DEVEDOR. VALOR TOTAL ATINGIDO. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88. 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível, de forma que não pode ser reconhecido o cumprimento parcial da ordem judicial. 4. Sendo a falta de atenção do devedor o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para o qual havia a incidência de multa diária desde a prolação da sentença e considerando-se que persistiu o descumprimento da ordem até o desfazimento das obras pelo recorrido, autor de ação de reintegração da posse, justifica-se a manutenção do valor atingido pelas *astreintes*. 5. Recurso especial conhecido e não provido (STJ, 3ª T, REsp 1.229.335/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2012, DJ.25.04.2012).

devolver a área livre de qualquer construção no prazo de 90 dias, sob a incidência de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). Assim, posteriormente o credor requereu o cumprimento de sentença, incluindo o valor das astreintes. O devedor recorreu ao STJ para diminuir valor da multa alegando ser ele excessivo, porque chegou a atingir R\$ 383.000,00 (trezentos e oitenta e três mil reais) quando a obrigação principal possuía o módico valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A ministra relatora entendeu não ser possível a redução da multa pela simples alegação do valor excessivo que as *astreintes* atingiram baseada no valor da obrigação principal, afirmando que esse valor somente atingiu esse patamar devido à renitência do devedor que em nenhum momento suscitou impedimento para o cumprimento da obrigação determinada judicialmente. Ademais, a ministra justificou que o valor da multa diária de 1.000,00 (mil reais), para o desfazimento da obra no prazo 90 dias apresenta-se como adequado e proporcional ao caso concreto. Interessante que a ministra relatora examinou neste caso, a possibilidade de enriquecimento sem causa, no momento que a multa coercitiva teve início, e não ao final, quando ela atingiu um patamar bem superior pela renitência do devedor.

Ainda sobre a multa, surge a indagação se no procedimento dos Juizados Especiais em que há uma limitação de 40 salários mínimos, também haveria esse teto para a aplicação das *astreintes*. O enunciado 144 do Fonaje³⁹ esclarece que as *astreintes* não se limitam ao valor de 40 salários mínimos exigidos somente para a pretensão principal do autor. Malgrado o entendimento do Fonaje, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁰ já decidiu que esse valor deve ser diminuído ao patamar de 40

³⁹ Enunciado 144 do Fonaje: "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".

⁴⁰ EMENTA: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA COMINATÓRIA. ALÇADA. LEI 9.099/1995. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ admite a impetração de mandado de segurança para que o Tribunal de Justiça exerça o controle da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vedada a análise do mérito do processo subjacente. 2. Dispõe o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 9.099/95, que compete ao Juizado Especial promover a "execução dos seus julgados", não fazendo o referido dispositivo legal restrição ao valor máximo do título, o que não seria mesmo necessário, uma vez que o art. 39 da mesma lei estabelece ser "inefcaz a sentença condenatória na parte em que exceder a alçada estabelecida nesta lei". 3. O valor da alçada é de quarenta salários mínimos calculados na data da propositura da ação. Se, quando da execução, o título ostentar valor superior, em decorrência de encargos posteriores ao ajuizamento (correção monetária, juros e ônus da sucumbência), tal circunstância não alterará a competência para a execução e nem implicará a renúncia aos acessórios e consectários da obrigação reconhecida pelo título. 4. Tratando-se de obrigação de fazer, cujo cumprimento é imposto sob pena de multa diária, a incidir após a intimação pessoal do devedor para o seu adimplemento, o excesso em relação à alçada somente é verificável na fase de execução, donde a impossibilidade de controle da

salários mínimo, pois, no caso a Ministra relatora Maria Izabel Galloti entendeu que o valor da alçada (40 salários mínimos) é um fator eleito pela lei para definir causa de “menor complexidade”, assim, presumiu a lei que as causas que resultem ao vencido a imposição de obrigações pecuniárias de valor maior a esse devem ter a tramitação pelo rito processual comum, cercado de maiores garantias processuais. Dessa forma, a ministra relatora defende:

“Penso que a interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 9.099/95 conduz à limitação da competência do Juizado Especial para cominar - e executar - multas coercitivas em valores consentâneos com a alçada respectiva (art. 52, inciso V). Se a obrigação é tida pelo autor, no momento da opção pela via do Juizado Especial, como de "baixa complexidade" a demora em seu cumprimento não deve resultar em valor devido a título de multa superior ao valor da alçada.”

A ministra relatora, também, afirma que se a multa até o limite de 40 salários mínimos não for suficiente para constranger o devedor a cumprir a sentença, restará ao credor valer-se de outros meios, tais como, notitia criminis por desobediência à ordem judicial ou ajuizamento de nova ação perante a justiça comum, se o inadimplemento tenha originado outros danos posteriores ao ajuizamento da ação no juizado.

Acredito que nos Juizados Especiais seja possível a execução das *astreintes* acima do valor de 40 salários mínimos, uma vez que é necessário trazer efetividade aos rito das pequena causas, também, pois, caso contrário poderia ser mais vantajoso para alguns devedores não respeitar as *astreintes* impostas nesse procedimento, na medida em que não seria permitindo ultrapassar o valor de 40 salário mínimos.

competência do Juizado na fase de conhecimento, afastando-se, portanto, a alegada preclusão. Controle passível de ser exercido, portanto, por meio de mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça, na fase de execução.⁵ A interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 9.099/95 conduz à limitação da competência do Juizado Especial para cominar - e executar - multas coercitivas (art. 52, inciso V) em valores consentâneos com a alçada respectiva. Se a obrigação é tida pelo autor, no momento da opção pela via do Juizado Especial, como de "baixa complexidade" a demora em seu cumprimento não deve resultar em execução, a título de multa isoladamente considerada, de valor superior ao da alçada. 6. O valor da multa cominatória não faz coisa julgada material, podendo ser revisto, a qualquer momento, caso se revele insuficiente ou excessivo (CPC, art. 461, § 6º). Redução do valor executado a título de multa ao limite de quarenta salários mínimos.⁷ Recurso provido (STJ, 4ª T, RMS 33.155/MA, rel. Min. Maria Izabel Gallotti, j. 28.06.2011, DJ.29.08.2011).

4.2.6 Destinatário do crédito da multa

O art. 461 do Código de Processo Civil e seus parágrafos não disciplinam quem seria o destinatário do crédito resultante da incidência das astreintes. Diante disso, surge a dúvida se o beneficiário seria o próprio credor da obrigação ou o Estado.

A doutrina é tranquila no sentido de entender que o beneficiário da multa é o credor da obrigação principal e não o Estado, isso porque se fosse esse último a lei deveria ser expressa.

Corroborando esse entendimento, é interessante expor a decisão do STJ no caso em que o ministro relator do processo Luís Felipe Salomão defendeu que a multa coercitiva deveria ser dividida entre o credor da obrigação e o Estado, isso porque ele entende que as *astreintes* presentes em nosso ordenamento se aproxima daquelas do sistema português, que destina parte do montante da multa cominatória ao Estado e a outra parte ao credor da obrigação principal, isso decorre em razão da natureza jurídica das astreintes e dos interesses protegidos na sua cominação. O ministro relator defendeu que a multa cominatória contempla interesses privados, na medida em que o interesse imediato é do credor da obrigação principal, e públicos, na medida em que confere ao julgador o poder de atuar de ofício na aplicação da multa ou de alterar sua periodicidade. Dessa forma, ele entendeu que o valor devido pela parte recalcitrante a título de *astreintes* deveria ser dividido, em proporções iguais ao Estado e ao credor. Ademais, o Ministro relator fundamentou que o valor excessivo que as *astreintes* atingiram, em razão da renitência do devedor, deve ser levado em conta no que tange à vedação do enriquecimento ilícito, sendo mais um motivo que fundamenta a divisão do crédito das astreintes ao Estado.

Contudo o ministro Marco Buzzi por discordar do ministro relator pediu vistas dos autos, porquanto, ele entendeu que apesar da lei não ser expressa sobre o tema, não existe lacuna legal quanto ao tema, pois, julgou que o crédito pertence exclusivamente ao credor da obrigação principal. Ademais, ele defendeu a impossibilidade de estabelecer ao Estado a titularidade do crédito das astreintes aplicada, em razão dos princípios da Legalidade em sentido estrito e da Reserva Legal, segundo o qual toda e qualquer penalidade pública sancionatória deve destacar o patamar máximo, delimitando a discricionariedade da autoridade.

Outrossim, afirmou que o ordenamento processual quando quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, a lei é expressa ao estabelece-la, assim como o faz o art. 14 do CPC. Justificou seu entendimento, também, na função de direito material que as *astreintes* possuem, o que deixa de forma inuvidosa a titularidade do credor prejudicado pela mora, sobre o produto resultante da aplicação da penalidade.

Assim no julgamento do processo os demais ministros da Turma julgadora seguiram o entendimento do ministro Marco Buzzi, no sentido que o crédito da multa coercitiva destina-se ao credor da obrigação principal.⁴¹

⁴¹EMENTA: RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, 'A' E 'C', DA CF) - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - ASTREINTES FIXADAS POR DESCUMPRIMENTO DE LIMINAR NO CURSO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO (AÇÃO REVISIONAL). INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEVEDORA, POSTULANDO A REDUÇÃO DO QUANTUM RESULTANTE DA APLICAÇÃO DA MULTA DIÁRIA. 1. Discussão preambular ao mérito recursal voltada a definir a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado em razão da incidência de multa diária oriunda do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das *astreintes*. Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto. A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico. Assim, desponta *prima facie* à impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas *astreintes*, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, caput, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator. Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC. Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4 e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor. Extraí-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e, sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada. 2. Considerações acerca da tutela material específica da mora: o ordenamento jurídico brasileiro, desde o regramento inaugurado no Código Civil de 1916, no que foi substancialmente seguido pelo texto do Diploma Civil de 2002, somente contempla disciplina genérica e eficaz quando se cuida da repreensão da mora verificada no cumprimento de obrigações ao pagamento de quantia certa. Para estas, além da natural faculdade de as partes, no âmbito da autonomia da vontade, estabelecerem penalidades convencionais (multa moratória), o ordenamento material civil fixou sanções legais pré-determinadas, com a potencialidade de incidir até mesmo sem pedido do credor para a hipótese de retardamento injustificado (juros moratórios). Vislumbra-se, portanto, no sistema pertinente às obrigações de pagar, normas jurídicas perfeitas, com preceitos primário e secundário, haja vista restar estabelecido um mandamento claro direcionado ao devedor, no sentido de que deve efetuar o adimplemento no prazo, sob pena da incidência de uma sanção material em caso de persistência no estado de mora. Idêntica tutela mostrava-se inexistente no tocante às obrigações de fazer e não fazer, pois, para elas, o sistema legal apenas permitia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixando de contemplar instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora. Justamente para conferir eficácia aos preceitos de direito obrigacional, que determinam ao devedor o

Penso que, conforme a maioria da doutrina e da jurisprudência, o crédito das *astreintes* deve pertencer ao credor da obrigação principal e não ao Estado, pois se de outra forma fosse, o legislador deveria regulamentar isso de forma expressa, assim como no art. 14 do CPC, pois, o Estado não pode ficar com dinheiro do particular sem previsão legal. Ademais, não se pode esquecer da função material dessa multa.

cumprimento da obrigação, o legislador contemplou nova redação ao art. 461 do CPC. No dispositivo mencionado, aglutinaram-se medidas suficientes a servir como tutela material da mora (multa pecuniária), além de outras, nitidamente de cunho processual, que buscam servir e garantir o pronto adimplemento da obrigação (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, cessação de atividades etc). Nesse contexto, a tutela material da mora pertinente às obrigações de fazer e não fazer, tímida e insipidamente tratada no Código Civil, ganha força e autoridade a partir da disciplina fixada no Código de Processo Civil, dada a possibilidade de o magistrado agir, inclusive ex officio, cominando uma multa, uma sanção, para a hipótese de o devedor manter-se injustificadamente no estado de letargia .3.Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC: entendida a razão histórica e o motivo de ser das *astreintes* perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: a)ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; b)coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; c)servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória).Assim, vislumbrada uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade. Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de mora debitoris, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto. Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de ultima ratio, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante. 4.Enfrentamento do caso concreto: multa diária, fixada no curso da fase de conhecimento de ação revisional, para o caso de descumprimento de ordem judicial, na esteira de determinar a exclusão do nome da autora perante os cadastros de proteção ao crédito. Resultado final da demanda que significou ínfima alteração nos parâmetros contratuais sob discussão, sendo indubitosa a inadimplência da autora, que, em rigor, autorizaria a própria negativação. Aparente inutilidade, ademais, das *astreintes*, nos moldes aplicados, à vista da possibilidade que assistia ao magistrado de, determinando a expedição de ofício diretamente ao órgão protetito responsável, obliterar desde logo o estado de mora com a pronta satisfação do comando judicial. Circunstâncias que, examinadas sob os aspectos processual e sobretudo material da multa pecuniária, recomendam substancial diminuição do valor estipulado no Tribunal Estadual. Providência cabível, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, à luz do disposto no art. 461, §6º, do CPC. Precedentes da Corte. 5.Recurso especial conhecido e provido em parte (STJ, 3ª T, REsp. 949.509/RS, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. do acórdão Min. Marco Buzzi, j.08/05/2012, DJe 16/04/2013)

O Projeto do Novo Código de Processo Civil⁴², com o intuito de finalizar as discussões sobre o tema, regulamenta em seu art.551, §2º que o destinatário da multa coercitiva será o credor da obrigação principal.

4.2.7 Exigibilidade da multa

Outra questão importante quanto à multa se refere ao momento da exigibilidade dessa medida coercitiva em decisão antecipatória da tutela, pois o Código de Processo Civil, mais uma vez, não tratou do tema quando regulou as *astreintes*. Diante disso, surgiram na doutrina e na jurisprudência posicionamentos bem divergentes.

Parcela da doutrina entende que a multa coercitiva deve ser exigida desde o momento de sua aplicação, uma vez que ela surgiu para dar efetividade ao processo e se ela somente for cobrada após o trânsito em julgado da decisão não terá o poder de pressionar o devedor a fazer a cumprir a obrigação estabelecida. Dessa forma Humberto Theodoro Júnior⁴³ afirma:

“Na verdade, porém, não se deve negar imediata executividade à multa imposta para cumprimento as tutela antecipada. É que esta se cumpre de plano, segundo os princípios da execução provisória (art. 273 §3º). Assim, ao promover a execução da antecipação de tutela, havendo retardamento por parte do devedor, torna-se-à exigível a

⁴² PNCPC: “Art. 551. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou na sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, sem eficácia retroativa, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

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

§ 2º valor da multa será devido ao exequente.

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

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

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

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 42 ed. V.2. Rio de Janeiro. Ed.Forense. 2008, p.38.

multa, mesmo antes da sentença definitiva atingir a coisa julgada. O que é importante, no entanto, é que se apure a liquidez e certeza da pena coercitiva, antes de reclamá-la em juízo.

(...)

Em conclusão: pode haver a execução da multa cominatória tanto em face da decisão de antecipação de tutela como da sentença definitiva. No primeiro caso, porém, a execução será provisória, sujeitando-se à sistemática e aos riscos previstos no art. 558, como determina o § 3º do art. 273. Vale dizer: no caso de a sentença, afinal, decretar a improcedência do pedido, a quantia da multa exigida em antecipação provisória de tutela deverá ser restituída ao executado.”

O autor defende a imediata exigibilidade das astreintes, através da utilização do procedimento da execução provisória, independentemente de sua confirmação por sentença na ação principal. Esse seu posicionamento decorre da natureza antecipatória da tutela, porque figura como instrumento que efetiva o comando judicial. Seguindo esse entendimento Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁴⁴ afirmam:

“Alguns autores têm sustentado que a multa se tornará exigível com a preclusão da decisão que a estabeleceu (com a não interposição de agravo ou com a decisão final em grau de recurso, que pode chegar ao extraordinário, no caso da antecipação de tutela; ou com a não interposição de apelação ou até a decisão final desta, em caso de sentença).

Parece mais adequado, porém reputá-la exigível assim que eficaz a decisão que impôs, ou seja, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo. Contudo, enquanto pendente recurso sobre a decisão que a fixou, sua execução será igualmente provisória”

Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim⁴⁵ têm pensamento semelhante, entendendo que deve ser utilizado o procedimento da execução provisória:

“Nosso posicionamento, assim, é no sentido de a multa poder ser exigida mesmo antes do trânsito em julgado da decisão final, por meio, todavia, de execução provisória, que deve correr por conta e risco do exequente (art. 475-O, I, do CPC). No entanto, caso a decisão final não seja favorável ao autor que teve em seu favor concedida a antecipação da tutela, parece-nos que a exigibilidade da multa deve ser afastada. Já a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC, que não pode ser superior a 20% do valor da causa e incide

⁴⁴ TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: Execução. 14 ed. RT, 2014. v. 2. P. 430

⁴⁵ ALVIM, Arruda. Assis, Araken. Alvim, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Ed.Revista dos Tribunais. 2013, p.896 e 897.

quando houver descumprimento de ordem mandamental tem caráter sancionatório e, por isso, deve ser exigida, ainda que aquele em favor de quem tenha sido concedido o provimento antecipatório mandamental venha a perder a ação ao final.

Parece- nos, assim, que não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão final para cobrar a multa. Nesse caso, a multa perderia muito de sua força como instrumento de coerção. Soa-nos correto afirmar que não apenas a multa pode ser exigida a partir da data em que o réu, esgotado o prazo para o cumprimento de decisão, não a atenda, como também pode ser cobrada desde logo, ainda que não tenha transitado em julgado a sentença de procedência.”

Entretanto, outra parte da doutrina tem o entendimento de que a multa somente pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão final e desde que nela se confirme a antecipação em que se cominou a medida coercitiva. Esse é o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶:

“A incidência das multas coercitivas principia no momento em que o obrigado começa a descumprir, desatendendo ao que lhe houver sido determinado. Esse momento serão do vencimento do prazo razoável que o juiz lhe haja cominado em sentença, em decisão antecipatória proferida ainda na fase cognitiva do processo ou mesmo no curso da própria execução imediata (art. 461 §4º).

A exigibilidade dessas multas, havendo elas sido cominadas em sentença mandamental ou em decisão antecipatória da tutela específica (art. 461, §3º- supra, n. 1.630), ocorrerá sempre a partir do trânsito em julgado daquela- porque, antes, o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação a fazer, não fazer ou entregar, cessa também a cominação (sobre exigibilidade – supra, n.1422). Não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a própria obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso.

Isso significa que, entre o começo da desobediência (não cumprimento no prazo estabelecido) e o trânsito em julgado da sentença mandamental, acumular-se-ão valores devidos a título de multa, para que só a final a soma de todos eles possa ser cobrada.”

Seguindo esse entendimento Marcos Vinicius Rios Gonçalves⁴⁷ defende:

“É preciso distinguir a incidência da multa da possibilidade de cobrá-la. Esta só surge no momento em que a decisão que a impôs se torna definitiva e não pode mais ser revertida. Mas a incidência terá início desde que findo o prazo estabelecido pelo juiz para cumprimento da obrigação.”

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Ed. Malheiros. 7ed. 2013, p.540 e 541.

⁴⁷ GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. Ed. Saraiva. 3ed. 2013, p.616.

É interessante mencionar que a Lei de Ação Civil Pública em seu art. 12 §2º e o art.213, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente têm expressa previsão legal no sentido de que a multa somente será exigível após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, porém devida desde o dia do descumprimento. No julgamento dessas ações, em razão dessa previsão o julgador não poderia atuar de forma. Porém a doutrina que defende ser possível executar as *astreintes* somente após o trânsito em julgado, fundamenta-se nessas previsões legais pelo fato das multas serem as mesmas.

Diante do que foi exposto nesse capítulo pode se observar que o tema é polêmico. Sendo assim, diante de inúmeras divergências na doutrina e na jurisprudência, recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸ decidiu a controvérsia, através do procedimento de julgamento de recursos repetitivos. No caso do recurso representativo da controvérsia, os autores ingressaram com a execução provisória do valor das *astreintes* deferida em antecipação da tutela, porém o magistrado determinou o arquivamento do feito, ante a impossibilidade de exigência de multa diária antes do trânsito em julgado do processo principal, entendimento que foi confirmado pelo respectivo Tribunal Estadual. O Ministério Público Federal se manifestou no sentido da possibilidade da execução provisória das *astreintes* independentemente do trânsito em julgado da

⁴⁸ EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA FIXADA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA. 1. - Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: "A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo."2. - O termo "sentença", assim como utilizado nos arts. 475-N, I, e 475-O do CPC, deve ser interpretado de forma estrita, não ampliativa, razão pela qual é inadmissível a execução provisória de multa fixada por decisão interlocutória em antecipação dos efeitos da tutela, ainda que ocorra a sua confirmação por Acórdão.3. - Isso porque, na sentença, a ratificação do arbitramento da multa cominatória decorre do próprio reconhecimento da existência do direito material reclamado que lhe dá suporte, então apurado após ampla dilação probatória e exercício do contraditório, ao passo em que a sua confirmação por Tribunal, embora sob a chancela de decisão colegiada, continuará tendo em sua gênese apenas à análise dos requisitos de prova inequívoca e verossimilhança, próprios da cognição sumária, em que foi deferida a antecipação da tutela. 4.- Recurso Especial provido, em parte: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial (STJ, CE, REsp. 1.200.856/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j.01/07/2014, DJe 17/09/2014).

sentença de mérito ou do acórdão. O ministro relator Sidnei Beneti, baseado em um posicionamento intermediário, derivado do julgamento da 4ª Turma no REsp 1.347.726/RS, rel. Min. Marco Buzzi, defendeu a possibilidade de utilização da execução provisória da multa somente no caso em que a decisão interlocutória concedida tenha sido confirmada por sentença, pois é na sentença que se reconhece o direito material reclamado pela parte, pois, tem se aqui uma cognição exauriente. Ademais afirma que a jurisprudência majoritária, se vincula ao êxito da demanda na qual se busca a obrigação principal ou o direito material deduzido em juízo, o que fundamenta a necessidade de sentença para a execução provisória das *astreintes*. Decidiu também, que não há que se falar em perda da força coercitiva da decisão judicial, na medida em que com a confirmação da multa pela sentença, o devedor deverá realizar o pagamento de forma retroativa, pois o que atua sobre o psicológico do réu é a possibilidade do pagamento da multa, ainda que seja após a prolação da sentença. Concluiu o relator ser esse o entendimento que confere maior segurança jurídica, minimizando os riscos de o autor levantar valor, que posteriormente não tenha dinheiro. Dessa forma, o Ministro relator entendeu que “a multa diária prevista no §4º do art. 461 do Código de Processo Civil, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.”

O recente julgamento da controvérsia doutrinária chegou a um entendimento intermediário, que traz maior segurança jurídica e efetividade na execução das *astreintes*, na medida em que não é mais necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão para executar multa. Sendo assim, hoje se pode afirmar que não basta uma cognição sumária da obrigação para se requerer o levantamento das *astreintes*, é necessário que haja uma sentença, para que se permita a execução provisória da multa.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil⁴⁹, com o intuito de finalizar as discussões sobre o tema, regulamenta em seu art. 551 que o cumprimento da multa

⁴⁹ PNCPC: “Art. 551. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou na sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, sem eficácia retroativa, caso verifique que:

coercitiva será a partir do trânsito em julgado da decisão favorável à parte, permitinso o cumprimento provisório quando for o caso.

I—se tornou insuficiente ou excessiva;

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

§ 2ºO valor da multa será devido ao exequente.

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

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

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

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi apresentado no trabalho, é possível afirmar que o artigo 461 do Código de Processo Civil e seus parágrafos surgiram para regulamentar uma matéria de direito material, que até então não tinha efetividade.

Este estudo demonstrou que apesar da previsão legal da tutela específica mesmo quando possível a sua aplicação, em razão da inadimplência do devedor, o Superior Tribunal de Justiça vem optando não concedê-la, por entender ser mais pertinente a conversão da obrigação em perdas e danos, em razão do Princípio da Menor Onerosidade da Execução

Este trabalho também esclareceu que as medidas de apoio enumeradas na lei tratam-se de um rol exemplificativo, pois dessa forma possibilita a efetividade de todas as obrigações de fazer ou não fazer possíveis em nosso ordenamento.

Diante da pesquisa apresentada, foi demonstrado que a multa coercitiva é a medida de apoio mais utilizada em nosso ordenamento jurídico, por isso ela foi tratada com maior especificidade. Assim, foi exposto um estudo doutrinário e jurisprudencial quanto às principais dúvidas que a lei não regula sobre essa medida, tais como: sua periodicidade, seu cabimento na Fazenda Pública, o limite de seu valor, o seu destinatário, a sua exigibilidade, dentre outros.

Ademais, este estudo buscou orientar na melhor forma possível o seu leitor, com entendimentos atuais do Superior Tribunal de Justiça, quanto às dúvidas que surgem na aplicação das tutelas específicas e multas coercitivas, em razão das lacunas da lei, de forma a direcionar os aplicadores do direito na busca da efetividade das obrigações de fazer ou não fazer.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, com o intuito de evitar discussões sobre o tema, regulamenta algumas lacunas prevista na legislação atual, em seu art. 551 disciplina que o exequente será o destinatário do crédito da multa e reconhece o cumprimento da multa coercitiva a partir do trânsito em julgado da decisão favorável à parte, permitindo o cumprimento provisório quando for o caso.

Por fim, o Projeto do Novo Código de Processo Civil inova em seu art. 550, na medida em que possibilita a aplicação da pena de litigância de má-fé quando o executado injustificadamente descumprir a decisão judicial, podendo ainda ser responsabilizado por desobediência.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Assis, Araken. Alvim, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. Ed.Revista dos Tribunais. 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. Código de Processo Civil anotado, coord. Antonio Carlos Marcatto, São Paulo, Atlas, 2004.

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional Executiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 21 Ed. Atlas, 2012. V.2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. “Curso de Direito Processual Civil”. Execução. 6. Edição. Editora Juspodium, Vol.5. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Ed. Malheiros.1997.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Ed. Malheiros. 7ed. 2013.

GOMES, Orlando.Obrigações.16 ed. Atual. Por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.48.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. Ed. Saraiva. 3ed. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 19 ed. Vol. 3. Ed.Saraiva.2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, in Reforma do Código de Processo civil. Sálvio de Figueiro Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 11 ed. Editora RT. 2009.

_____. Curso de Processo Civil. Vol. III. São Paulo: RT, 2007.

NEGRÃO Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luís Guilherme; FONSECA, João Francisco N. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 45 Ed. Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4 ed. Ed. Método, 2012.

Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível no site da Câmara dos Deputados Federais com sua redação final, relator Paulo Teixeira em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010. Acesso em 27/10/2014 as 16hs.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 24 edição. Ed. Saraiva.V.3 2010.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC. Art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p.128.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 42 ed. V.2.Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Tutela Execução. 14 ed. RT, 2014. v. 2.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução – parte geral, 3ª ed., São Paulo, RT, 2004.