

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP/ COGEAE

Renato Augusto de Carvalho Nogueira

**ASPECTOS POLEMICOS DAS MEDIDAS COERCITIVAS DA EXECUÇÃO DAS
OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP/ COGEAE

Renato Augusto de Carvalho Nogueira

**ASPECTOS POLEMICOS DAS MEDIDAS COERCITIVAS DA EXECUÇÃO DAS
OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista na área de Processo Civil, sob orientação do Professor Doutor José Alexandre Manzano Oliani.

SÃO PAULO

2013

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho à minha esposa, Luiza, e à minha filha, Isabela. E à minha mãe, Maria Tereza, grande incentivadora dos meus estudos.

RESUMO

O presente trabalho trata dos aspectos polêmicos das medidas coercitivas da execução das obrigações de fazer e não fazer infungíveis. Para tanto, fazemos uma breve introdução ao artigo 461 do Código de Processo Civil, que disciplina o que a doutrina costuma chamar de tutela específica e suas medidas executivas, além de conceituar as obrigações de fazer e não fazer. Logo em seguida, adentramos nos mecanismos jurisdicionais de efetivação da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente. Iniciando o estudo sobre as medidas executivas das obrigações de fazer e não fazer, damos enfoque especial às astreintes, que é a medida de apoio mais utilizada no cumprimento das obrigações do art. 461, além de possuir uma série de aspectos que são polêmicos na doutrina e jurisprudência. Discorreremos sobre o conceito e natureza das astreintes, passando pelo seu histórico, e abordamos alguns temas que causam certa dúvida na prática forense, dentre elas a fixação do seu valor, o seu destinatário final, a necessidade de intimação pessoal do devedor, o momento de sua exigibilidade em análise conjunta com a importância do poder coercitivo que exerce, como se dá a sua execução provisória, a incoerência de trânsito em julgado da decisão que a fixa e outros temas. Este trabalho também aborda algumas medidas coercitivas atípicas, que não estão previstas expressamente no rol do § 5º do art. 461, que não é taxativo. Com relação à tais medidas, tratamos da multa do artigo 14 do CPC, que frequentemente é aplicada em casos de descumprimento da obrigação de fazer / não fazer, passando pela sua aplicação de ofício pelo juiz, a forma de sua execução e a distinção entre esta e a multa do art. 461 do CPC. Após, é analisada a utilização da prisão civil como medida coercitiva, e o posicionamento doutrinário favorável e o contrário à utilização desse mecanismo. Por fim, discorreremos brevemente sobre a conversão da obrigação em perdas e danos.

Palavras-chaves: processo civil, obrigação de fazer, obrigação de não fazer, execução, astreintes, multa do art. 14 do CPC, prisão civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O ARTIGO 461 DO CPC.....	10
1.1 Conceito de obrigações.....	12
1.1.1 Obrigações fungíveis e infungíveis.....	12
1.2 Da natureza mandamental e executiva da sentença proferida com fulcro no artigo 461 do CPC.....	13
2- MECANISMOS JURISDICIONAIS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE PREVISTAS NO ART. 461 DO CPC – MEDIDAS COERCITIVAS TÍPICAS.....	16
2.1 Das astreintes.....	16
2.1.1 Conceito.....	16
2.1.2 Natureza das astreintes.....	18
2.1.3 Fixação do valor das astreintes.....	20
2.1.4 Valor das astreintes nos Juizados Especiais Cíveis.....	24
2.1.5 Fixação periódica das astreintes.....	27
2.1.6 Destinatário das astreintes.....	29
2.1.7 A multa será revertida em favor da parte contrária, independente da conversão em perdas e danos.....	30
2.1.8 Necessidade de intimação pessoal do devedor.....	34
2.1.9 Momento da exigibilidade da multa.....	40
2.1.10 Modo de execução da multa – art. 475-J do CPC.....	49
2.1.11 Há trânsito em julgado da decisão que fixa as astreintes?....	52
2.1.12 Possibilidade de revisão do valor da multa.....	55
3. MECANISMOS JURISDICIONAIS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE NÃO PREVISTAS EXPRESSAMENTE NO ART. 461 DO CPC – MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS.....	57

3.1 Aplicação da multa do art. 14 do CPC.....	58
3.1.1 Conceito.....	58
3.1.2 Aplicação de ofício pelo juiz.....	59
3.1.3 Possibilidade da multa do art. 14 incidir conjuntamente com a multa do art. 461 do CPC.....	59
3.1.4 Distinção entre a multa do art. 14 e a do art. 461 do CPC.....	59
3.1.5 Da execução da multa do art. 14 do CPC.....	61
3.2 Da prisão civil.....	62
3.2.1 Conceito.....	62
3.2.2 Da utilização da prisão por crime de desobediência.....	67
4. DA CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS.....	70
4.1 Conceito.....	70
4.2 Conceito de perdas e danos.....	71
4.3 Pode o credor optar pelas perdas e danos ainda quando possível o cumprimento da obrigação?.....	72
5. CONCLUSÃO.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	77

INTRODUÇÃO

Neste trabalho são analisados aspectos polêmicos das medidas coercitivas da execução das obrigações de fazer e não fazer infungíveis, em virtude da importância da correta aplicação desses dispositivos pelo magistrado, para que seja possível a obtenção da tutela específica pretendida pela parte autora.

A fim de possibilitar essa análise, inicialmente apresentamos um breve estudo sobre alguns conceitos contidos no artigo 461 do CPC, que trata, ao mesmo tempo, tanto de atividades voltadas à constituição de um título executivo, quanto das atividades jurisdicionais voltadas ao direito reconhecido nesse título.

A ambiguidade do art. 461 é nítida, e não há como classificá-lo em “ação de conhecimento” ou em “ação de execução”, pois as atividades destas podem ocorrer simultaneamente, como no caso de uma ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, na qual esta é concedida liminarmente. Ainda assim, no presente trabalho focalizaremos as ações executivas do art. 461.

O § 5º do art. 461 prevê diversas medidas de apoio, para assegurar a efetivação da tutela pretendida. Tratam-se, portanto, de medidas coercitivas, pois tem como objetivo atuar na vontade, no ânimo do devedor, visando obter o resultado prático pretendido pelo autor (pedido imediato), ou mesmo a adoção de medidas visando alcançar resultado prático equivalente (pedido mediato).

Da simples leitura do referido parágrafo, é nítido o fato de que o rol supra citado não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

Após essa breve introdução, iniciamos a análise dos mecanismos coercitivos, iniciando pela multa fixada para o caso de descumprimento, ou astreintes, contida no § 5º do art. 461.

Devido à sua importância e grande incidência no dia-a-dia forense, além dos aspectos polêmicos que a envolvem, é dado um enfoque especial às astreintes, e discorreremos, dentre outros aspectos, sobre o seu conceito e natureza, a fixação do seu valor, o momento de sua exigibilidade em análise conjunta com a importância do poder coercitivo que exerce, como se dá a sua execução provisória, a incoerência de trânsito em julgado da decisão que a fixa e outras questões.

Na sequência, adentramos em aspectos polêmicos das medidas coercitivas atípicas, que não estão previstas no § 5º do art. 461.

São analisadas a multa prevista no art. 14 do CPC, e a prisão civil, cujo cerne da discussão reside na aplicação dos “direitos fundamentais” garantidos no ordenamento pátrio, e o posicionamento doutrinário favorável e o contrário à utilização desse mecanismo como medida coercitiva.

Por fim, discorreremos sobre a conversão da obrigação em perdas e danos, nos casos em que não é possível a obtenção da tutela específica pretendida ou resultado prático equivalente.

1- O ARTIGO 461 DO CPC

As execuções das obrigações de fazer e não fazer são regidas pelo artigo 461 do CPC. Muitos doutrinadores ressaltam que o referido artigo foi inspirado no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que a semelhança entre ambos é inegável.¹

O artigo 461 do CPC disciplina o que a doutrina costuma chamar de tutela específica, pois o que o autor pretende obter é o mesmo resultado que decorreria do cumprimento espontâneo da obrigação no plano de direito material, ainda que jurisdicionalmente.

¹ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

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

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

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

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

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

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

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

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

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

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

Mesmo para os casos em que não é possível a obtenção da tutela específica pretendida pela parte autora, o caput do artigo 461 prevê medidas que o juiz poderá tomar que assegurem o resultado prático equivalente. E, em último caso, frustradas todas as medidas tomadas pelo juiz, há ainda a possibilidade da conversão da tutela específica em perdas e danos.

Obviamente que o que se pretende é a satisfação do pedido mediato da parte autora, ou seja, do bem da vida pretendido, sendo empregadas para tanto técnicas visando alcançar o pedido imediato, que é o cumprimento da obrigação.

E, para atingir tal finalidade, o juiz pode determinar, de ofício, independente da existência de pedido específico formulado pela parte interessada, medidas visando alcançar o resultado prático equivalente à tutela pretendida. Mas, de qualquer forma, cumpre ressaltar que o magistrado não possui a liberdade de buscar qualquer resultado prático que considere como adequado, pois, se assim fizesse, estaria violando o princípio da adstrição do juiz ao pedido”, além da “inércia da jurisdição”. As medidas adotadas pelo juiz devem ter como objetivo o resultado da obrigação, ou o resultado prático equivalente, o que implica, portanto, na variação do pedido mediato.

É importante ressaltar que o art. 461, caput, autoriza ao juiz, de ofício, nos casos em que não haja na peça inicial a cumulação de pedidos, a adoção de medidas visando obter o resultado prático pretendido pelo autor (pedido imediato), ou mesmo a adoção de medidas visando alcançar resultado prático equivalente (pedido mediato), em caso de impossibilidade de se obter o bem da vida pretendido pelo autor, e até, em último caso, em converter a obrigação de fazer em perdas e danos.

Dessa forma, temos que o cumprimento forçado da prestação na forma contida no título da obrigação de fazer ou não fazer é chamada de “tutela específica”, enquanto que, em caso de descumprimento desta, a execução do equivalente econômico, quando ocorre a conversão da obrigação em perdas e danos, é denominada de “tutela substitutiva”.

Outro aspecto relevante sobre o dispositivo em comento, é que este trata, ao mesmo tempo, tanto de atividades voltadas à constituição de um título executivo, quanto das atividades jurisdicionais voltadas ao direito reconhecido nesse título.

A ambiguidade do art. 461 é nítida, e não há como classifica-lo em “ação de conhecimento” ou em “ação de execução”, pois as atividades destas podem ocorrer

simultaneamente, como no caso de uma ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, na qual esta é concedida liminarmente. Ainda assim, neste trabalho ficaremos focados nas ações executivas do art. 461.

1.1 Conceito de obrigações

Tratam-se as obrigações de prestação que o devedor deve realizar em favor do credor. Quando essa prestação se caracterizar por um ato do devedor, ela será classificada como positiva: trata-se da obrigação de fazer.

Temos como exemplos tipicamente citados para ilustrar a obrigação de fazer, a contratação da pintura de um quadro, ou do concerto de um automóvel, ou, ainda, da realização de um espetáculo. Portanto, a prestação da obrigação de fazer caracteriza-se pela realização de um trabalho, que pode ser físico, intelectual ou artístico.

Por outro lado, existem obrigações que são negativas, e caracterizam-se pelo não fazer de algo, que são as obrigações de não fazer. A realização dessa modalidade de obrigação se dá pela inércia do devedor.

1.1.1 Obrigações fungíveis e infungíveis

As prestações obrigacionais são fungíveis quando podem ser cumpridas por terceiros, e infungíveis quando somente podem ser cumpridas por determinada pessoa.

A infungibilidade de uma obrigação pode decorrer de sua natureza, de contrato, ou do ordenamento jurídico.

A infungibilidade é natural quando somente pode ser cumprida pelo devedor, pelas próprias peculiaridades da obrigação assumida, bem como pelos atributos do devedor.

Como exemplos, podemos citar a obrigação de pintar uma tela, quando o devedor for um artista consagrado, ou a obrigação imposta a um provedor de hospedagem de remover determinada postagem do *site* que hospeda. Obviamente,

nesses dois casos a obrigação imposta ao devedor somente poderá ser adimplida por ele, em razão de sua natureza, bem como de suas características.

A infungibilidade contratual se dá em função de convenção firmada entre as partes. Nesse caso, mesmo que a obrigação seja, em essência, fungível, as partes podem, por meio de uma convenção, estipular que esta seja infungível.

E, por fim, juridicamente infungíveis *“são aquelas obrigações em que o cumprimento pessoal não decorre de nenhuma característica especial do devedor, mas somente pode ser cumprido por este porque o ordenamento jurídico assim determina. Exemplos clássicos são as obrigações de prestar declaração de vontade, como a de firmar um contrato definitivo.”*²

Obviamente que as obrigações de fazer infungíveis são mais difíceis de serem executadas, pois não podem ser realizadas por terceiros. Diante do inadimplemento do devedor, a obrigação infungível deverá ser convertida em perdas e danos.

Mas, como tal recurso deve ser utilizado apenas em último caso, pois o que se pretende é a satisfação do pedido mediato da parte autora, ou seja, do bem da vida pretendido, as técnicas empregadas para tanto, visando alcançar o pedido imediato, devem ser melhor observadas pelo juiz, que deverá ser mais atento quanto à devida aplicação destas.

1.2 Da natureza mandamental e executiva da sentença proferida com fulcro no artigo 461 do CPC

Segundo a doutrina, o art. 461 do CPC possibilita a prolação de sentença mandamental e executiva, não sendo possível a prolação de sentença condenatória, declaratória ou constitutiva.³

² POPP, Carlyle. Execução da Obrigação de Fazer. Editora Juruá, 2001, p. 89

³ *“O provimento antecipatório sumário não tem natureza condenatória, porem eficácia mandamental ou eficácia executiva. É impossível admitir que a execução da tutela antecipatória seja disciplinada pelas regras da execução por expropriação. Aliás, é intuitivo que o uso de tal forma de execução no caso de tutela antecipatória seria inefetivo.*

Para que o provimento antecipatório possa, realmente, dar ao autor desde logo o seu direito, são necessários meios que permitam a obtenção do resultado esperado. Tais meios podem atuar sobre a vontade do réu (multa) – pressionando-o a optar pelo cumprimento por ato próprio – ou mesmo prescindir da sua vontade (medidas necessárias de execução).

Parte da doutrina brasileira acrescenta à classificação tradicional das sentenças, tendo em vista os efeitos distintos que produzem, duas novas categorias: as mandamentais e as executivas *lato sensu*:

“Em nosso sentir, todavia, as modalidades mandamental e executiva lato sensu, são menos modalidades de ações, senão que formas de execução. (...) Essa tendência, como se acentuou, que já não era desconhecida no direito processual brasileiro, e que se fazia sentir, v.g., nas ações de despejo, reintegração de posse e mandado de segurança, tornou-se gradativamente mais forte a partir das alterações que resultaram na redação dos artigos 14, V, parágrafo único, do CPC, arts. 461 e 461-A, do CPC. Surgiu, então, a percepção de que a sentença condenatória não pode ser considerada, por si só, instrumento hábil para garantir a tutela adequada de alguns direitos, sobretudo daqueles cujo exercício exige prestação in natura por parte do réu.”⁴

Portanto, a sentença mandamental constitui-se uma modalidade de realização do direito, resultado da proteção jurídica cada vez maior que nosso ordenamento jurídico vem conferindo aos bens como a saúde, o meio ambiente, e outros.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que *“sentença mandamental é aquela que contém uma ordem que deve ser cumprida pelo demandado, impondo um fazer ou não fazer. A sentença mandamental atua sobre a vontade do demandado e visa coagi-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa...”*⁵

A sentença mandamental se caracteriza por dirigir uma ordem para coagir o réu, e seu objetivo é convence-lo a observar o direito por ela declarado.

Já a sentença executiva, por sua vez, *“é aquela em que o preceito deve ser cumprido pelo próprio Estado independentemente da vontade do demandado pela simples emissão de mandados (busca e apreensão etc.), haja vista a prévia individualização na sentença do ilícito ou do dano que com ela se quer superar.”*⁶

Considerando-se a natureza da tutela antecipada, não há como admitir que o juiz possa ficar amarrado às formas de execução da sentença condenatória. A natureza da tutela antecipatória impõe, sob pena de incoerência e falta de lógica, que a sua efetivação possa ser realizada mediante o emprego da multa ou das outras medidas necessárias e adequadas para que o bem da vida buscadi pela parte possa realmente ser-lhe entregue.”

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. São Paulo, Editora RT, 9ª edição, p. 76-77.

⁴ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo, Editora RT, 15ª edição, 2012, p. 1111.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo. São Paulo, Editora RT, 2008, p. 429.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo. São Paulo, Editora RT, 2008, p. 429

Dessa forma, temos que, ao contrário do que ocorre com as sentenças mandamentais, a efetivação das sentenças executivas *lato sensu* não dependem da participação do devedor, podendo ser praticados atos sub-rogatórios típicos da fase executiva instaurada por conta de sentença condenatória.

Portanto, a principal característica dessa modalidade de sentença é que prescinde da instauração de processo de execução para que possa gerar efeitos.

2- MECANISMOS JURISDICIONAIS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE PREVISTAS NO ART. 461 DO CPC – MEDIDAS COERCITIVAS TÍPICAS

O § 5º do art. 461 do CPC prevê diversas medidas de apoio, para assegurar a efetivação da tutela pretendida, ou seja, do pedido mediato da parte autora, ou do resulta prático equivalente. Esse rol de medidas é meramente exemplificativo, sendo que o magistrado possui a liberdade de tomar outras medidas que entenda como necessárias para a obtenção da tutela requerida.

Dentre as medidas previstas no referido dispositivo estão a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Essas medidas são conhecidas como típicas, pois estão expressamente contidas no § 5º do art. 461.

O art. 461, em seus parágrafos 4º, 5º e 6º, disciplina a multa coercitiva a ser aplicada pelo magistrado, visando assegurar a obtenção do resultado prático almejado. Sem dúvida, é este o mecanismo mais importante a ser adotado pelo juiz para coagir a parte ré a cumprir a obrigação que lhe for imposta, e também o mais utilizado na prática forense.

2.1 Das astreintes

2.1.1 Conceito

Trata-se da medida de apoio mais utilizada no cumprimento das obrigações do art. 461, além de possuir uma série de aspectos que são polêmicos na doutrina e jurisprudência, e, por tais motivos, é dado um enfoque especial no presente trabalho.

A multa por descumprimento, também conhecida por astreintes, tem origem na jurisprudência francesa do século XIX. O primeiro caso reconhecido pela doutrina como de aplicação desse instituto foi a decisão do Tribunal de Croy, em 1811.

Entretanto, o primeiro dispositivo legal francês que trata das astreintes se deu apenas com a Lei n. 72-625, de 05 de julho de 1972, ocasião em que foi estendida a todas as espécies de obrigações.

O doutrinador André Bragança Brant Vilanova afirma que “*a modalidade francesa de medida judicial coercitiva foi construída com o objetivo inicial de fazer frente a uma proteção exacerbada ao devedor, promovida pelo liberalismo culminado na Revolução Francesa, em especial após a elaboração do Código Napoleônico.*”⁷

Nesse aspecto, a doutrina entende que o art. 1.142 do referido Código⁸ constituiu a consagração jurídica dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do racionalismo iluminista.

A ideologia do art. 1.142 do Código Napoleônico foi herdado por todas as legislações modernas⁹, e foi com base nessa conjectura que se deu, no início de século XIX, a elaboração das astreintes, que, inicialmente, foram rejeitadas pela doutrina, que a consideravam abusiva.

Posteriormente, após o período Pós-Guerra, a recusa dos locatários despejados em desocupar os respectivos imóveis acabou por tornar comum a utilização das astreintes para efetivar as sentenças de despejo.

No Brasil, a introdução das astreintes se deu, de forma definitiva, pelo Código de Processo Civil de 1939, que previa, em seu artigo 23, que “*Salvo disposição em contrário, os atos judiciais serão executados no prazo de 48 horas pelo serventuário a que incumbirem*”, e seu §. 2º assim dispunha: “*o não-cumprimento desse dever sujeitará, de pleno direito, os serventuários à multa de cinquenta mil réis por dia de retardamento*”, apesar da previsão de medidas coercitivas nas Ordenações do Reino¹⁰.

⁷ VILANOVA, André Bragança Brant. *As Astreintes – Uma Análise Democrática de sua Aplicação no Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2010, p. 33.

⁸ “*Toda a obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor*”

⁹ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo Editora RT, 2003, p. 345.

¹⁰ VILANOVA, André Bragança Brant. *As Astreintes – Uma Análise Democrática de sua Aplicação no Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2010, p. 54.

2.1.2 Natureza das astreintes

Dispõe o doutrinador Diego Martinez Fervenza Cantoário, no que tange à natureza das astreintes:

*“apesar de destinar-se principalmente a coagir o devedor a cumprir determinada obrigação reconhecida pelo juiz através do título executivo, a astreinte conserva relevante ambiguidade, que não passou despercebida pelos mais atentos observadores do Direito Frances. Em razão de sua origem empírica e da sua missão de reforçar o cumprimento das decisões judiciais sua natureza oscila entre caráter coercitivo e punitivo. (...) Apesar dessa controvérsia a doutrina de modo geral não nega a sua eficiência como meio de coerção.”*¹¹

Já no direito pátrio, o entendimento doutrinário predominante é o de que a multa do art. 461 não possui natureza compensatória, indenizatória ou sancionatória, mas sim natureza coercitiva, intimatória, para conseguir que o réu realize o comportamento desejado pela parte autora.

Ainda que alguns doutrinadores brasileiros entendam que a astreinte possua algum caráter sancionatório, dentre os quais destaca-se Carreira Alvim¹², este é apenas secundário, decorrente do não cumprimento da obrigação imposta, sendo certo que o aspecto preponderante é o coercitivo, decorrente da necessidade do ordenamento jurídico garantir o cumprimento da ordem imposta, e a consequente efetividade da garantia do acesso à justiça.

Para os doutrinadores Marcelo Lima Guerra¹³, Fredie Didier Jr.¹⁴, José Miguel Garcia Medina¹⁵, Luiz Guilherme Marinoni¹⁶, Cassio Scarpinella Bueno¹⁷ e

¹¹ FERVENZA CANTOÁRIO, Diego Martinez. O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa – coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2ª tiragem, 2011, p. 320.

¹² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tutela específica da obrigação de fazer, não fazer e entregar a coisa. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª edição, 2002, p. 98.

¹³ GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo, Editora RT, 2009, p. 36-37.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5, Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 442-443.

¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Processo Civil Moderno – Execução. São Paulo, Editora RT, 2ª tiragem, p. 277-280

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Específica, arts. 461, CPC e 84 CDC. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, 2001, p. 105-106.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 463.

Humberto Theodoro Jr.¹⁸, a astreinte possui natureza coercitiva, tratando-se de um meio de coerção indireta do devedor ao cumprimento da obrigação imposta, não possuindo natureza sancionatória.

Em se tratando de medida coercitiva, a multa deverá atuar sobre a vontade do devedor, sobre o seu ânimo, e fazê-lo cumprir a obrigação imposta. Por tal motivo, deverá ser adequada e proporcional às peculiaridades de cada caso, não podendo ser insuficiente a ponto de não coagir a parte ré a cumprir a obrigação imposta, nem exagerada, exacerbada, a ponto de criar constrangimentos à mesma, ou tornando-se mais importante que o cumprimento da própria obrigação estabelecida.

Conforme dispõe Luiz Rodrigues Wambier:

“a multa diária funciona como meio coercitivo para a concretização do mandado executivo. É exemplo daquilo que se denomina execução indireta: uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele mesmo satisfaça a obrigação (rectius: dever). Ameaça-se o devedor com medidas constritivas que o induzam, por ato próprio, a cumprir a prestação devida. Já se expos acima que, para a doutrina majoritária, nessas hipóteses não há execução propriamente dita: a atividade executiva implicaria necessariamente a adoção de meios sub-rogatórios, substitutivos da conduta do devedor. Conforme célebre definição, a “verdadeira execução” consiste na efetivação da sanção independentemente da vontade do devedor. Mas já se apontou também que, do ponto de vista funcional, a execução indireta assemelha-se à execução por sub-rogação: em ambas, o órgão jurisdicional intervém para atuar a sanção e, de um modo ou de outro, satisfazer o titular do direito violado.”¹⁹

O objetivo das astreintes, portanto, é garantir que a sentença mandamental tenha força persuasiva suficiente para coagir alguém a fazer ou não fazer o que foi determinado, atingindo-se, assim, o pedido imediato da parte autora, com o cumprimento da obrigação imposta.

O art. 461, em seus parágrafos 4º, 5º e 6º, disciplina a multa coercitiva a ser aplicada pelo magistrado, visando assegurar a obtenção do resultado prático almejado. Sem dúvida, é este o mecanismo mais importante a ser adotado pelo juiz, visando coagir a parte ré a cumprir a obrigação que lhe foi imposta.

¹⁸ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 48ª edição, p. 31.

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v.2. São Paulo, Editora RT, 7ª edição, p. 248

Trata-se de uma medida coercitiva indireta, estando relacionada, portanto, às decisões mandamentais, sendo cabível em face de obrigações fungíveis e infungíveis.

2.1.3 Fixação do valor das astreintes

Como a multa constitui forma de pressão sobre a vontade do réu, convencendo-o a cumprir a ordem judicial, deve ser fixada com base em critérios que lhe permitam alcançar a sua finalidade.

Dessa forma, o valor da multa fixada não possui relação com o valor da prestação que deve ser cumprida na obrigação de fazer ou não fazer, devendo ser fixada em montante suficiente para fazer com que o réu considere o adimplemento mais benéfico do que o inadimplemento. Para tanto, faz-se necessário que o juiz considere a capacidade econômica do requerido.

Ao fixar as astreintes, o magistrado deve levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que são aplicados em todos os atos praticados por qualquer autoridade estatal.²⁰

Entretanto, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade²¹ não impedem que o juiz fixe o valor da multa por descumprimento discrepante ao da obrigação principal. Isso porque tais princípios

²⁰ Segundo Luiz Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de um dogmático constitucional transformadora*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, p. 215)

²¹ “Por esse princípio, três sub-princípios devem ser observados na escolha, pelo magistrado, da providência material tendente a tutelar o bem da vida buscado pelo credor: (i) a adequação, segundo a qual o fazer ou não fazer imposto pelo juiz não pode infringir o ordenamento jurídico, devendo ser adequado a que se atinja o bem da vida almejado; (ii) a necessidade (ou exigibilidade), segundo a qual a ação material eleita deve ter a capacidade de realizar, no plano dos fatos, a tutela de direito, causando a menor restrição possível ao devedor; (iii) e a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual o magistrado, antes de eleger a ação material a ser imposta, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito.” (Cf. Guerra, Marcelo Lima, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. Cit., p. 127; MARINONI, Luiz Guilherme, “Controle do poder executivo do juiz”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006, p. 237-238)

não devem incidir especificamente sobre a comparação entre o valor das astreintes e o valor da causa.

A aplicação desses princípios devem incidir sobre o objetivo das astreintes, qual seja, coagir o réu a cumprir com a obrigação que lhe fora imposta. Logo, o valor fixado somente pode ser considerado excessivo quando ultrapassar o necessário para demover o réu de sua inadimplência.

Como se disse, em se tratando de medida coercitiva, a multa deverá atuar sobre a vontade do devedor, sobre o seu ânimo, e fazê-lo cumprir a obrigação imposta. Por tal motivo, deverá ser adequada e proporcional às peculiaridades de cada caso, não podendo ser insuficiente à ponto de não coagir a parte ré a cumprir a obrigação imposta, nem exagerada, exacerbada, a ponto de criar constrangimentos à mesma, ou tornando-se mais importante que o cumprimento da própria obrigação estabelecida.

De qualquer forma, o entendimento sobre a fixação do valor das astreintes (de não ficar limitado ao valor da causa) não é absoluto. Exemplo disso é o julgado que segue proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foi decidido que *“a multa do artigo 461, § 4º CPC deve ser razoável e proporcional à obrigação...”*²²

Ora, o valor da obrigação é apenas um dos elementos que devem ser levados em conta no momento de fixação da multa, que deve ser proporcional à resistência observada pela parte contrária.

Mas, apesar de maioria dos doutrinadores manifestarem o entendimento supra, uma tarefa que todos concordam estar longe de ser concluída é a definição de regras para fixação do valor da multa.

O doutrinador Araken de Assis afirma que *“nenhum outro critério substitui o do puro casuísmo”*, e que *“o juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude da provável resistência, preocupando-se apenas em encontrar um valor exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor.”*²³

No trecho acima, destacamos dois pontos que devem ser observados no momento da fixação do valor das astreintes. O primeiro deles diz respeito ao

²² TJ/RS, Apelação Cível n. 70000859900, Rel Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, 19ª Câmara Cível, j. 13/11/2001.

²³ ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. São Paulo, Editora. RT, 7ª edição, p. 498 e 426

patrimônio do devedor. O segundo diz respeito ao interesse de resistir, ou seja, o custo-benefício do devedor em não cumprir a obrigação que lhe foi imposta.

Esses dois pontos para a fixação das astreintes, de certa forma, estão contidos no próprio art. 461, § 4º, ao dispor que a multa será fixada se for “suficiente ou compatível com a obrigação”. Ou seja, a multa deve ser fixada de forma suficiente para a coerção do réu, e compatível com a obrigação para cujo cumprimento visa-se obter deste.

No mesmo sentido aponta Eduardo Talamini:

[...] “haverá de estabelecer-se montante tal qual concretamente influa no comportamento do demandado – o que, diante da circunstâncias do caso (a capacidade econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc), pode resultar em quantum que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado”²⁴

Por fim, no que diz respeito à eventual limite de valores para a fixação das astreintes, o entendimento doutrinário e jurisprudencial atual é de que este não existe.

Há algum tempo atrás, mesmo após a vigência do Código de Processo Civil de 1973, com a revogação do art. 1005 do Código de Processo Civil de 1939²⁵, haviam julgados que equiparavam o valor da multa diária ao da obrigação principal. Também haviam analogias do valor da multa decorridas de equivocada interpretação do art. 920 do Código Civil de 1916.²⁶

Nesse sentido, é também inquestionável a inaplicabilidade do art. 412 do novo Código Civil²⁷ na fixação do valor da astreinte. Pois, sendo a sua natureza coercitiva, e não punitiva, não há que se falar na limitação ao valor prevista nesse dispositivo, referente à multa prevista em cláusula penal.

Mas, hoje em dia, essa questão já se encontra pacificada, não havendo que se falar em limites de valor para as astreintes, como demonstra o julgado que segue:

²⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84, v. 6. Editora RT, 2000, p. 243

²⁵ “Art. 1.005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.”

²⁶ “Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

²⁷ “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

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

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

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

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

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

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

6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor.”²⁸

De fato, parece-nos acertada a posição jurisprudencial atual, sobre a ausência de limites para a fixação do valor da multa. Pois, caso contrário, nas hipóteses em que o devedor possua situação financeira vantajada, ou que o descumprimento da obrigação lhe seja a opção mais vantajosa, as astreintes não teriam como atingir sua finalidade.

²⁸ STJ, REsp n. 770.753 – RS (2005/0126059-3), Des. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 27/02/2007

Mas, por outro lado, não podemos deixar de ponderar que cada caso deve ser analisado com suas peculiaridades, para se evitar, por outro lado, o enriquecimento indevido da parte autora, ou mesmo que esta passe a considerar o recebimento das astreintes mais vantajoso do que ver cumprida a obrigação que havia pleiteado inicialmente.

2.1.4 Valor das astreintes nos Juizados Especiais Cíveis

Outra questão de suma importância no que diz respeito ao valor que as astreintes podem atingir se refere à sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis. Isso porque o valor da causa em sede dos JECs não pode ultrapassar o valor de 40 salários mínimos.²⁹

Com relação a tal tema, o enunciado no. 25 do 2º Encontro Nacional dos Juizados Especiais Cíveis determina que *“a multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora razoavelmente fixada pelo juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor.”*

Tendo em vista a função exercida pelas astreintes, enquanto instrumento legal de coerção utilizável em apoio à prestação jurisdicional executiva, esse entendimento parece ser acertado. Ou seja, por se tratar de uma técnica de coerção psicológica do devedor, a sua limitação prévia certamente poderia acarretar na ineficácia da multa.

Como observa Fredie Didier Jr., a limitação da multa coercitiva tem como consequência a sua ineficácia como instrumento de efetivação da decisão judicial, na medida em que não cumpriria sua principal função, qual seja, a de pressionar o devedor em razão do temor da liquidação da multa em valor elevado.

O autor supra citado também destaca que *“a prévia limitação a um teto tolheria o magistrado dos juizados especiais quanto ao exercício de um poder que é inerente ao seu ofício jurisdicional: o poder geral de efetivação, previsto no art. 461, § 5º, do CPC”*.³⁰

²⁹ Art. 3º da Lei 9099/95

³⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 444.

Seguindo essa linha de raciocínio, o doutrinador Diego Martinez Ferverenza Cantoário cita outro ponto referente à função exercida pelos Juizados Especiais Cíveis:

“Nos litígios submetidos a este rito a atuação dos magistrados é essencial para assegurar a paridade de armas, especialmente através do auxílio aos litigantes que não contam com assistência profissional. Isso inclui, muitas vezes, a necessidade de fixação de multa de ofício, pois para os litigantes menos favorecidos o tempo é um relevante óbice à tutela jurisdicional efetiva. Deste modo, uma interpretação do dispositivo legal que estabeleça como limite à multa coercitiva a quantia de quarenta salários mínimos poderia ferir de morte a efetividade do acesso à justiça.”³¹

Segundo Guilherme Rizzo Amaral:

[...] “não se pode negar que o juiz togado, responsável pela homologação dos atos praticados pelo juiz leigo nos Juizados Especiais, detém os mesmos poderes, a mesma autoridade estatal que exerce quando presido processo na justiça comum. Não é o juiz que sofre uma capitis diminutio ao julgar causas afeitas aos Juizados Especiais, mas são estas causas, sim, que ganham uma limitação valorativa. Assim, ao se admitir a limitação do valor das astreintes nos Juizados Especiais, estar-se-ia, na verdade, limitando os poderes do juiz que neles atuam. Tal entendimento não se coaduna com a proposta dos Juizados Especiais Cíveis, que é justamente resgatar “ao Judiciário a credibilidade popular de que é ele merecedor...”³²”

Logo, não há que se falar em sujeição das astreintes à limitação do valor da causa prevista na legislação que rege os Juizados Especiais Cíveis, sendo certo que o seu valor não se submete à renúncia ao crédito excedente, prevista no art. 3º, § 3º, da Lei 9099/95.³³

Em que pese o entendimento atual da doutrina e jurisprudência, de que não se aplica o limite previsto no art. 3º, I, da lei 9099/95, ao valor da astreinte nos Juizados Especiais, o Superior Tribunal de Justiça pretende rediscutir o tema.

³¹ FERVENZA CANTOÁRIO, Diego Martinez. O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa – coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2ª tiragem, 2011, p. 345.

³² AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 181-183.

³³ § 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

Recentemente, a ministra Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitiu o processamento de quatro reclamações que contestam os valores alcançados por multas arbitradas por juizados especiais, as quais superam 40 salários mínimos. Conforme a ministra, esse teto foi fixado pela Lei 9.099/95 e limita não só a competência do juizado especial, como a execução de multas coercitivas.

“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”, definiu a ministra Gallotti.

Para a ministra, nos casos relativos às reclamações admitidas, o valor executado a título de multa excedente à alçada deve ser, pois, suprimido, sem que isso constitua ofensa à coisa julgada.

Num dos casos (Rcl 9.749), oriundo do estado de São Paulo, a empresa Telefônica Brasil S/A foi condenada a pagar ao autor da ação indenização por danos morais no valor de R\$ 3 mil. A multa foi fixada em R\$ 10 mil mensais, limitada a cinco meses. Na execução, o valor da multa alcançou R\$ 79.507,72.

Na Rcl 10.537, do Paraná, a empresa Tim Celular S/A está sendo executada por multa no valor de R\$ 23 mil, em decorrência de aplicação de multa diária de R\$ 500 por descumprimento de ordem judicial.

Vinda de Goiás, a Reclamação 10.591 foi apresentada pela Americel S/A contra uma execução, determinada pelo juizado especial, que chega a R\$ 235.223,14. A importância já foi, inclusive, bloqueada via Bacen-Jud.

Nesses três casos, além de admitir o processamento das reclamações, a ministra Gallotti concedeu liminar para limitar a execução da multa ao valor equivalente a 40 salários mínimos.

Todas as reclamações serão julgadas pela Segunda Seção do STJ, conforme determina a Resolução 12/09 do Tribunal.³⁴

³⁴ http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108520 (pesquisa realizada em 23/07/2013)

2.1.5 Fixação periódica das astreintes

No dia a dia forense, a prática mais comum é que as astreintes sejam fixadas com periodicidade diária. Obviamente que o juiz, ao impor obrigação de fazer ou não fazer ao réu, sob pena de multa por descumprimento, deverá estabelecer um prazo razoável para que este cumpra a obrigação, sem que ocorra a incidência da referida multa, que somente incidirá após o término desse prazo.

Atualmente, o juiz pode fixar a multa diária com periodicidade além de diária, horária, semanal, mensal, anual ou mesmo de um valor fixo. Mas nem sempre foi assim. Antes da promulgação da Lei 10.444/02, a redação dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, bem como de todos os outros dispositivos que previam a aplicação de multa por descumprimento, limitavam o magistrado apenas a se valer da periodicidade diária, pois não havia previsão legal para outros períodos temporais.³⁵

Ocorre que, diante da infinidade de situações que podem ocorrer no plano prático, nem sempre a unidade “dia” mostrava-se apta a conferir o seu caráter de coerção, e pressionar o réu à prática ou abstenção de um determinado ato.

Diante de tal situação, o legislador pátrio introduziu modificações nos §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC, tornando possível a incidência de multa em outras unidades temporais. Para tanto, houve a alteração dos termos “multa diária” por “multa por tempo de atraso”.

Nesse sentido discorrem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Manoel Arruda Alvim Neto:

“Quando o legislador mencionou multa diária, disse mais do que queria. A multa não precisa ser diária, pode ser fixa, com um momento específico de incidência e isto ocorre quando a violação à ordem do juiz se concretiza por um ato, Assim como pode incidir por minuto, por exemplo. Basta pensar-se na violação de uma decisão que proíba a veiculação de certa propaganda na TV.”³⁶

³⁵ Vale lembrar como era a redação do artigo 461 antes da vigência da Lei 10.444/02:

“Art. 461. (...)

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

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. São Paulo, Revista do Processo, Editora RT, dezembro/2006, ano 31, n. 142, p. 15-16.

Assim, temos que parte da doutrina entende que a multa diária, ou em periodicidade ainda menor, é mais adequada para os casos de ilícitos continuados, que não se exaurem em ato único, e que são violadores de obrigações positivas ou negativas.³⁷ Por outro lado, a multa fixa é a mais adequada para os casos de ilícitos instantâneos que ainda não foram cometidos.

Nas palavras de Marinoni:

“a multa na forma diária não é adequada para evitar violações de natureza instantânea; quando se teme, por exemplo, que alguém pratique um ato ilícito ou mesmo volte a praticá-lo, não é adequado pensar em uma multa que passará a ter o seu valor aumentado após a prática do ato contrário ao direito. A incidência da multa em momento posterior ao do ilícito de eficácia instantânea não tem, como é evidente, o poder de inibir sua prática.”³⁸

O doutrinador Teori Zavascki dispõe sobre a distinção entre a multa diária da fixa:

“A multa diária é mecanismo que induz a prestação de obrigação já violada; a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada pela violação. Embora se tratem, ambas, de meio de coerção patrimonial, as duas espécies de multa são instrumentos executórios substancialmente diferentes, seja quanto ao valor, seja quanto ao modo de atuar. Figure-se como exemplo: a hipótese de atleta obrigado a não participar de determinada competição esportiva e que ameaça fazê-lo. A multa adequada a induzir o comportamento devido será, não a multa diária, mas a de valor fixo, que, em caso de antecipação de tutela, há de ser cominada invocando-se o § 5º, do art. 461, e não o § 4º.”³⁹

Ainda, uma vez que se constate que a multa periódica imposta ao devedor é insuficiente ou excessiva, é possível ao juiz alterar a periodicidade de sua incidência, de ofício ou a requerimento da parte interessada, nos termos do § 6º do art. 461 do CPC.

³⁷ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 236

³⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Específica: arts. 461, CPC, e 84, CDC, 2ª edição, São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 107

³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação da tutela. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição rev. e ampl., 2000, p. 144.

2.1.6 Destinatário das astreintes

O art. 461, em seu § 2º, dispõe que o destinatário da multa fixada por descumprimento da obrigação é a parte autora. A jurisprudência pátria, até o momento, não deixa qualquer dúvida de que *“os valores da multa cominatória não reverterem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz juz independentemente do recebimento das perdas e danos”*.⁴⁰

Segundo a doutrina, essa tese se justifica tendo em vista que o autor é o maior prejudicado pelo descumprimento da obrigação imposta. Ademais, seria inadequado admitir que eventualmente o Estado, quando réu na demanda, pagasse multa, pois esta seria revertida para ele próprio, como receita.⁴¹

Além disso, a vantagem de o autor ser o destinatário da multa é o aumento da eficácia de sua cobrança, uma vez que este teria um empenho muito maior do que o Estado em executá-la, por ser o destinatário final. Evidentemente que, se a multa fosse devida ao Estado, a sua execução dependeria de impulso deste, o que poderia diminuir consideravelmente a sua eficácia, ante a morosidade que caracterizam os seus atos.

Contudo, muitos doutrinadores vêm criticando este entendimento. Para Arenhart, os argumentos favoráveis à destinação da multa ao autor não se sustentam, porque tal interpretação não pode ser extraída do art. 461, § 2º, que apenas evidencia que a multa não possui natureza indenizatória. Além disso, sustenta que não há possibilidade de se invocar o art. 601 do CPC em defesa da posição criticada, vez que tal dispositivo não possui relação com a multa coercitiva.⁴²

Para essa corrente doutrinária, a multa serve apenas como medida coercitiva para pressionar o réu ao cumprimento da obrigação que lhe é imposta, e não possui qualquer natureza indenizatória, não devendo acarretar no enriquecimento indevido da parte autora. Mesmo porque trata-se apenas de um instrumento que visa a obtenção da tutela almejada, e não faz parte do bem da vida pretendido pelo autor (pedido mediato).

⁴⁰ STJ, REsp. n. 770/753/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 27/02/2007.

⁴¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tutela específica da obrigação de fazer, não fazer e entregar a coisa. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª edição, 2002, p. 346.

⁴² ARENHART, Sergio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas, *in* Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora RT, 2008, p. 539-543.

Nesse sentido, o doutrinador Marcelo Lima Guerra aponta que a multa é instituto de caráter processual, e não tem qualquer ligação com o direito material do devedor. Ela é instrumento do juiz para garantir a efetividade de suas decisões, constituindo verdadeira medida de apoio ao exercício da jurisdição.⁴³

Diego Martinez Fervanza Cantoário destaca outro ponto de ordem prática favorável a essa posição:

*“Semelhantermente ao que ocorre em outros países, como a França, os juizes brasileiros, ao liquidarem as astreintes, tem reduzido o seu valor sob o argumento de evitar o enriquecimento ilícito do exequente. Por isso, o litigante bem orientado por seu advogado tem conhecimento de que uma multa que atinja quantia elevada dificilmente será executada em sua totalidade”.*⁴⁴

Atento à tais questões, o Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, Substitutivo aprovado pelo Plenário do Senado Federal em sessão realizada em 15/12/2010) dispõe sobre a destinação da multa coercitiva em seu art. 522, §§ 5º a 7º, nos seguintes termos:

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

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

*§ 7º Quando o executado for a Fazenda Pública, a parcela excedente ao valor da obrigação principal a que se refere o § 5º será destinada a entidade pública ou privada, com finalidade social.”*⁴⁵

2.1.7 A multa será revertida em favor da parte contrária, independente da conversão em perdas e danos

Como não possui natureza indenizatória ou punitiva, mas sim coercitiva, as astreintes devidas pelo descumprimento da obrigação imposta serão revertidas em

⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo, Editora RT, 2009, p. 206.

⁴⁴ FERVENZA CANTOÁRIO, Diego Martinez. O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa – coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2ª tiragem, 2011, p. 347

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil Comentado – Com remissão e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, p. 432

favor da parte adversa independentemente da conversão da obrigação em perdas e danos.

Essa possibilidade também é reconhecida pelo doutrinador Humberto Theodoro Junior, como podemos observar no trecho que segue:

“Se o juiz verificar que a prestação específica já era impossível desde o tempo da sentença, não poderá manter na execução a exigência da multa indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer. Se a impossibilidade, porém, foi superveniente à condenação e se deveu a fato imputável ao devedor, a multa subsistirá até a data em que a prestação se tornou irrealizável in natura. Em tal situação, o credor poderá executar as perdas e danos resultantes da conversão da obrigação de fazer em seu equivalente econômico acrescido da multa diária enquanto essa tiver prevalecido.”⁴⁶

Em sentido semelhante ao presente entendimento, o STJ já se manifestou no sentido de que a multa do art. 461 deve ser cobrada junto com outros danos apurados na lide:

“(...) A verba indenizatória decorrente do reconhecimento de danos provocados pelo descumprimento contratual do co-contratante não se confunde, à evidência, com a multa cominatória fixada para o caso de não cumprimento de obrigação de fazer determinada pelo Juízo.”⁴⁷

Sobre o tema, o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno discorre que, uma vez constatado que a multa fixada não seja capaz de levar o executado à prática do resultado pretendido, ou equivalente, esta não deve incidir indeterminadamente, ocasião em que o magistrado deverá adotar outras medidas de apoio em substituição à multa, e, até mesmo, realizar a conversão da obrigação em perdas e danos:

“Assim, e de forma bem direta, a multa é arbitrada com a expectativa de que seja suficiente para obter do executado o fazer ou o não fazer desejado pelo exequente. Na exata medida em que ela não tenha o condão de levar àquele resultado (ou próximo a ele: “tutela específica” ou “resultado pratico equivalente”, respectivamente), não há motivo para entender que a multa incida indeterminadamente. O

⁴⁶ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 39ª edição, p. 35.

⁴⁷ STJ, REsp 973.879/BA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 8.9.2009.

*caso é de adoção de outras medidas de apoio em substituição à multa, e, se for o caso, da conversão da obrigação em perdas e danos”.*⁴⁸

E vai além, defendendo o entendimento de que nos casos em que a multa é substituída por outra medida de apoio, não deve subsistir, não podendo ser cobrada pelo exequente:

*“O que deve ser evitado é que a demora na obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente por ato do executado, ou, até mesmo do próprio exequente, renda ensejo a uma deformação da finalidade da multa do art. 461 e dos seus §§ 4º e 6º: ou ela serve para o cumprimento da obrigação tal qual ajustado no plano material, quando menos a um resultado prático equivalente, ou ela, a multa, deve ser substituída por outra medida de apoio. Neste caso, justamente porque deve ser substituída, ela não subsiste e, por isso, não pode ser cobrada pelo exequente. Tanto é assim que o magistrado pode reduzir, inclusive de ofício, o valor da multa para evitar que o credor dela se beneficie indevidamente”.*⁴⁹

Como podemos observar, o entendimento do supra citado doutrinador é o de que, uma vez constatado que a multa fixada não irá produzir o resultado prático pretendido, deverá o julgador substituí-la, por outra medida de apoio, ocasião em que a multa não será mais exigida. Com relação à inexigibilidade da multa em tais casos, fica ressaltada a preocupação do doutrinador com o valor excessivo que as astreintes podem chegar, causando o enriquecimento de uma das partes, o que ensejaria a deformação da finalidade do art. 461 e de seus §§ 4º e 6º.

De fato, não podemos deixar de considerar que a aplicação das astreintes deve ser norteadas por alguns princípios, dentre eles, o da proporcionalidade⁵⁰,

⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 466-467.

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 466-467.

⁵⁰ “Por esse princípio, três sub-princípios devem ser observados na escolha, pelo magistrado, da providência material tendente a tutelar o bem da vida buscado pelo credor: (i) a adequação, segundo a qual o fazer ou não fazer imposto pelo juiz não pode infringir o ordenamento jurídico, devendo ser adequado a que se atinja o bem da vida almejado; (ii) a necessidade (ou exigibilidade), segundo a qual a ação material eleita deve ter a capacidade de realizar, no plano dos fatos, a tutela de direito, causando a menor restrição possível ao devedor; (iii) e a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual o magistrado, antes de eleger a ação material a ser imposta, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito.”(Cf. Guerra, Marcelo Lima, Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, ob. Cit., p. 127; Marinoni, Luiz Guilherme, “Controle do poder executivo do juiz”. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006, pg. 237-238)

segundo o qual deve ser observado pelo magistrado, no momento da escolha da medida coercitiva adequada à obtenção do cumprimento forçado, e pode ser revogada ou diminuída a qualquer momento pelo mesmo.

Entretanto, em nosso sentir, deve-se observar em cada caso a razão do descumprimento da obrigação imposta ao executado, para que o juiz possa determinar se as astreintes deverão subsistir, em caso de adoção de outras medidas de apoio, ou mesmo na conversão da obrigação em perdas e danos. Isso porque existem situações em que o devedor pode não estar cumprindo com a obrigação imposta por ser ela de impossível cumprimento. Nesse caso, obviamente que a coerção exercida pelas astreintes não terá o cunho de tornar o que é impossível em possível, e, uma vez constatada tal impossibilidade, estas deverão ser revogadas pelo juiz, deixando de subsistir desde o momento em que foram fixadas.

Os defensores desse entendimento partem do pressuposto de que a estrutura da obrigação prevista no artigo 461 do CPC é composta por três elementos: o elemento ideal ou imaterial, que é o vínculo abstrato que une o credor ao devedor; o elemento subjetivo, que diz respeito aos sujeitos da relação, isto é, credor e devedor, os quais devem ser determinados ou ao menos determináveis (a indeterminabilidade é sempre relativa e transitória). E, por fim, o elemento objetivo, que consiste na prestação, ou seja, a atividade do devedor voltada à satisfação do crédito, a qual poderá ser positiva, isto é, realizada na forma de dar ou fazer, ou ainda negativa, que será cumprida por um não fazer.

Na obrigação de fazer a prestação deverá ser lícita, possível e determinada (ou ao menos determinável). Nesse contexto, constatada a ausência de culpa da parte executada acerca da impossibilidade de cumprimento da obrigação imposta, deve a mesma ser liberada da obrigação de impossível cumprimento, bem como afastada qualquer sanção legal imposta, conforme artigos 248 e 250 do Código Civil⁵¹.

A doutrina confirma a necessidade de se desfazer a obrigação no caso de ser constatada a impossibilidade de seu cumprimento:

⁵¹ “<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; (...)”
“Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.”

“O não cumprimento da obrigação infungível de fazer pode decorrer, ainda, de circunstâncias alheias à vontade do devedor. Neste caso, impossibilitada a prestação, por circunstâncias alheias à vontade do devedor, resolver-se-á a obrigação.”⁵²

“Prestação impossível. Há que distinguir a impossibilidade em originária e superveniente, conforme é contemporânea do vínculo obrigacional ou surge mais tarde. A impossibilidade originária obsta – em princípio – a que a obrigação se constitua validamente (CC port. 401, n.1); a impossibilidade superveniente não impede que a obrigação nasça com vida mas – também em princípio – tem por efeito fazê-la extinguir (CC port. 790 e ss).”⁵³

Por tudo isso, se a obrigação não pode ser materialmente cumprida, não há cabimento em se manter ordem judicial com multa diária estipulada para o caso de descumprimento, sob pena de se violar o artigos 248 do CC.

Demonstrada a impossibilidade de cumprimento da obrigação deferida pelo juiz, há de ser reconhecida a necessidade de liberação da parte devedora da obrigação imposta, com a conseqüente revogação da multa diária fixada para o caso de descumprimento, nos termos dos artigos 248 e 250 do Código.

2.1.8 Necessidade de intimação pessoal do devedor

Com relação ao início da contagem do prazo da multa, bem como de seus requisitos de exigibilidade, existia uma dúvida na doutrina que durou por algum tempo: a necessidade da intimação pessoal do réu ou não sobre a decisão que fixou as astreintes, seja ela final ou antecipatória.

Essa dúvida somente foi aclarada com o posicionamento adotado pelo STJ, contido em sua Súmula n. 410: *“A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”*

É certo, pois, que se pode exigir, em execução, a multa coercitiva, tanto quando imposta em medida liminar como quando fixada em sentença final. Sempre,

⁵² LOPES, Otávio Brito. As obrigações de fazer e de não fazer in o novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale/ Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. São Paulo: Ltr, 2003, p. 212.

⁵³ Galvão Telles, Obrigações, n. 7, p. 45.

porém, a exigência será feita somente depois de intimado pessoalmente o devedor a cumprir a prestação devida.⁵⁴

Conforme Medina, “*para que a multa incida, deverá o réu ser intimado pessoalmente, consoante dispõe a Súmula 410 do STJ*”⁵⁵. Assim, não restam dúvidas na doutrina sobre a necessidade de intimação pessoal da parte.

Segundo Marinoni, “*em geral, para a prática de atos personalíssimos da parte, esta é a via adequada, dirigida, então, diretamente à parte, e não a seu advogado.*”⁵⁶

Já Guilherme Rizzo Amaral concorda com tal entendimento, acrescentando que as consequências do descumprimento de determinação judicial de caráter mandamental são mais graves do que aquelas decorrentes do descumprimento de prazos processuais cuja intimação pode ser feita na pessoa do advogado.⁵⁷

Nesse sentido é o entendimento do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de astreintes. Precedentes. - O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. - Agravo não provido”⁵⁸.

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DECISÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. FALTA DE ATAQUE. SÚMULA 182. (...). - A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de astreintes. (...)”⁵⁹.

O referido doutrinador vai ainda mais longe sobre o tema, entendendo ser descabida a aplicação dos artigos 184, § 1º e 2º, e 241 do CPC, ao se posicionar

⁵⁴ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 48ª edição, p. 31.

⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil Comentado – Com remissão e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, p. 434.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Manual do processo de conhecimento, 2ª ed. São Paulo, Editora RT, 2003, p. 132.

⁵⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 145

⁵⁸ STJ, AgRg no REsp 1214247/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 14/08/2012, D.J. 20/08/2012.

⁵⁹ STJ, AgRg no Ag 774196/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 19.09.2006, D.J. 09.10.2006.

sobre outra indagação referente ao início do prazo para cumprimento da obrigação e aplicação da multa: a intimação da decisão deve ser considerada como ocorrida no dia do recebimento do mandado pelo réu, ou apenas no dia da juntada do referido instrumento nos autos do processo?

“Em nosso entendimento, os parágrafos 1º e 2º do artigo 184 não se aplicam ao termo a quo da multa. Tampouco se aplica o artigo 241. Isso significa que, recebido mandado de intimação pelo réu, instaura-se no dia seguinte a contagem do prazo pra cumprimento da obrigação, independentemente da juntada aos autos do mandado de intimação.”⁶⁰

Isso porque as disposições contidas nos dispositivos em comento dizem respeito a prazos para a prática de atos processuais (apresentação de contestação, recursos, etc), enquanto que o cumprimento das obrigações se dá fora do processo, ainda que determinadas em decisões proferidas neste. Além disso, ressalta-se que a juntada aos autos do mandado de intimação não é requisito para demonstrar que dele o réu tenha ciência.

O STJ já se posicionou em algumas ocasiões sobre o tema. Inicialmente, não havia um posicionamento definido sobre tal questão, como demonstra o julgado do REsp 879.253/RS, no sentido de que “a contagem do prazo deve ser iniciada a partir da juntada aos autos da carta precatória, e não a partir do término do prazo dado ao cumprimento da obrigação.”⁶¹ Mas, posteriormente, adotou o posicionamento de que a o prazo começa a correr a partir do momento em que o réu toma ciência da decisão proferida.⁶²

Com relação à contagem do prazo para cumprimento da obrigação e aplicação da multa, parece acertada a posição atual firmada pelo STJ, sobre a inaplicabilidade dos artigos 184, §§ 1º e 2º, e 241 do CPC, no que diz respeito ao termo inicial da ciência do réu da decisão proferida, ou seja, com o recebimento do mandado ou mesmo com a realização de audiência, e não com a juntada do mandado aos autos. Isso porque o cumprimento da obrigação não é ato processual, mas sim pessoal da parte executada. Além disso, faz-se necessário considerar o

⁶⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 146.

⁶¹ STJ, REsp 879.253/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T., j. 19/04/2007.

⁶² STJ, REsp 633.105/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 25/09/2006.

desenrolar dos fatos no plano prático, em que a morosidade do Poder Judiciário é um tema cada vez mais recorrente.

Imaginemos, por exemplo, que considerássemos como correto o entendimento de que o prazo para cumprimento da obrigação e aplicação da multa se desse apenas com a juntada do mandado de intimação nos autos. Em muitos casos, o retorno e juntada do mandado pode demorar semanas, ou até mesmo meses, mesmo quando expedido por carta de citação.

Essa realidade prática pode tornar ineficaz a ordem judicial proferida, e, em muitos casos, mitigar o bem de vida almejado pelo autor, pois com bastante frequência as ações de obrigação de fazer / não fazer são interpostas em caráter de urgência, sendo que a demora na obtenção da tutela poderá torna-la ineficaz, colocando em risco o princípio da efetividade do processo, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Outrossim, é questionável o entendimento manifestado pelo STJ, por meio da sua Súmula 410, segundo a qual o réu deve ser intimado pessoalmente para que a multa fixada para o caso de descumprimento possa incidir. É que, ainda que o cumprimento da obrigação imposta seja um ato personalíssimo da parte, a orientação firmada pela corte superior vai no sentido contrário ao ponto observado anteriormente, no que diz relação à demora que esse procedimento pode gerar com relação à incidência da multa, e, conseqüentemente, do cumprimento da obrigação no plano prático.

É evidente que, caso a decisão que imponha a obrigação de fazer cumulada com multa para o caso de descumprimento seja proferida em sede de tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, há a necessidade de intimação e citação pessoal da parte, já que, nesse caso, a parte ré ainda não foi integrada à lide, sendo ainda a citação um dos pressupostos processuais de existência.

Mas caso a decisão de aplicação da multa seja proferida em sentença, ou em decisão posterior ao ingresso do réu na lide, e desde que este possua advogado constituído, a sua intimação poderá se dar através de seu patrono, por meio de publicação no Diário Oficial.

Ora, caso a parte ré não pretenda cumprir a obrigação que lhe foi imposta, poderá se esquivar da intimação pessoal da decisão que fixou multa por descumprimento, inclusive por orientação de seu patrono. Infelizmente, a prática desses atos pela parte inadimplente, visando retardar o desenvolvimento do

processo, e o conseqüente cumprimento da tutela almejada, tem ocorrido com muita frequência no dia a dia forense.

Por tal motivo, a orientação de que o réu deve ser intimado pessoalmente da decisão que estipula multa por descumprimento pode gerar o falecimento do bem da vida pretendida pelo autor, em casos de urgência no cumprimento da obrigação, colocando uma pá de cal nos princípios da efetividade do processo, direito da ação e tutela jurisdicional adequada (CF, art. 5º, XXXV).

No mesmo sentido do entendimento aqui exposto, não podemos deixar de ressaltar a recente mudança de entendimento ocorrida na execução por quantia certa. Antigamente, o STJ entendia que o réu deveria ser intimado pessoalmente para pagar o valor a que fora condenado. Mas, desde meados de 2010, esse entendimento mudou.

De fato, o julgamento do Recurso Especial nº 940.274, que se deu em 07/04/2010 pela Corte Especial e teve como Relator P/ Acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, pacificou o entendimento segundo o qual o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento do valor devido pelo executado começa a fluir após a sua intimação pela imprensa oficial, na pessoa de seu advogado, para que cumpra o julgado. Segue a sua ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.”

Esse entendimento parece o mais acertado. Não há previsão legal para intimação pessoal. Incidem os Artigos 236 e 237, do CPC. O acréscimo de formalidades estranhas à Lei não se compatibiliza com o escopo da reforma do processo de execução.

Não se pode esquecer que o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. A teor do Código de Ética, baixado pela OAB (Art. 8º), cabe ao causídico comunicar seu cliente de que houve a condenação. Cabe-lhe, assim, adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que tome as providências necessárias ao cumprimento da condenação.

O ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior destaca que a intimação pessoal da parte ocorre tão-somente em situações especiais previstas na legislação e que, no caso do art. 475-J, do CPC, a intimação deve ocorrer na pessoa do advogado constituído nos autos, verbis:

"Durante a marcha do processo os atos judiciais são intimados aos advogados. Somente em casos especiais expressamente previstos em lei a parte recebe intimação pessoal, como se dá, v.g., no caso de abandono da causa pelo advogado (art. 267, § 1º) e de depoimento pessoal (art. 343, § 1º). Intimado, portanto, o advogado do devedor acerca da sentença publicada, intimado automaticamente estará aquele em cujo nome atua o representante processual. Não há, pois, duas intimações — uma do advogado e outra da parte — para que o prazo de cumprimento da sentença condenatória transcorra. O prazo do art. 475-J é efeito legal da sentença e não fruto de assinação particular do Juiz, donde inexistir necessidade de outra intimação que não aquela normal do ato judicial ao advogado da parte condenada a pagar quantia certa."⁶³

Dessa forma, indaga-se: se na execução de valor certo a intimação do réu para pagar, que, diga-se de passagem, também é uma obrigação personalíssima, se dá por meio de publicação no Diário Oficial, porque o mesmo também não ocorre com a decisão que fixa multa para o caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta?

Diante de tais argumentos, pensamos que o entendimento mais adequado ao atual momento vivido pelo processo civil, que tem passado por reformas nos capítulos das execuções, em consonância com os princípios que regem o processo,

⁶³ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, Rio de Janeiro, Editora Forense, 42ª edição, p. 54.

é o de que a intimação do réu sobre a decisão que impõe multa por descumprimento pode se dar por meio de publicação no Diário Oficial, caso já tenha ocorrido a sua citação e possua advogado constituído.

2.1.9 Momento da exigibilidade da multa

Trata-se de questão controvertida, que causa grande celeuma na doutrina e jurisprudência.

Para alguns doutrinadores, a exigibilidade imediata da multa, quando deferida liminarmente a obrigação, ou mesmo antes do transito em julgado da decisão final que a determine, é a medida mais adequada para garantir maior coercibilidade à tal medida de apoio.

Conforme Medina, *“no que tange à atuação das medidas executivas, há que se ter em consideração o princípio do meio mais idôneo, tantas vezes referido. Ademais, considerando que a sentença final pode demorar a ser proferida, a exigibilidade imediata da multa contribuiria para um maior grau de coercibilidade.”*⁶⁴

Cassio Scarpinella Bueno afirma:

*[...] “a multa é exigível a partir do instante em que a decisão que a fixa seja eficaz. É dizer: se fixada para viabilizar o cumprimento da liberação antecipada dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 461, § 3º), desde que tenha transcorrido in albis o prazo fixado para a prática do ato tal qual determinado pela magistrado ou a sua abstenção, a multa pode ser cobrada pelo exequente, salvo se eventual agravo de instrumento interposto dessa decisão for recebido com efeito suspensivo (art. 558, caput).”*⁶⁵

Isso porque se a multa do art. 461 somente for cobrada após o transito em julgado da decisão que a tenha fixado, com a fixação definitiva das responsabilidades da parte ré pelos atos que a ensejaram, restaria desvalorizado o que ela tem de mais importante: a possibilidade de influenciar a vontade do réu, compelindo-o a cumprir a determinação judicial.

⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil Comentado – Com remissão e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, p. 435.

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 464-465

Já Humberto Theodoro Junior concorda com a possibilidade de execução provisória das astreintes, ressaltando que, para tanto, é preciso a comprovação da mora do devedor, não bastando a singela alegação de descumprimento do autor, sendo necessário proceder a liquidação da pena, no qual será necessário comprovar o não cumprimento no prazo marcado e o tempo de duração do inadimplemento, que poderá ocorrer mediante um incidente processual, nos termos dos artigos 475-A a 475-H do CPC:

“Na verdade, porém, não se deve negar imediata executividade à multa imposta para cumprimento de 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, tornar-se-á exigível a 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.”⁶⁶

Fredie Didier Jr. entende que a decisão que impôs a multa pode produzir efeitos imediatos, sendo possível a execução provisória do julgado, que, de qualquer forma, fica condicionada à vitória da parte autora.⁶⁷

Nesse mesmo sentido seguem outros doutrinadores:

“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 chegarão extraordinário, no caso de 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 a 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 (CPC, art. 558).”⁶⁸

“Não nos parece que a multa possa exercer sua finalidade coercitiva se sua exigibilidade for subordinada ao trânsito em julgado. Essa também é a posição que tem sido esposada pelo STJ. Afinal, poderá ser vantajoso ao devedor aguardar o desfecho do processo, confirmando ou não a condenação, pois como destaca Arenhart, “é a

⁶⁶ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 48ª edição, p. 35

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 454.

⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil, v.2. São Paulo, Editora RT, 7ª edição, p. 267.

*certeza da punição que oferece o verdadeiro caráter coercitivo da multa, e não o seu tamanho.*⁶⁹

Ainda nesse sentido, André Bragança Brant Vilanova defende a possibilidade da execução provisória das astreintes, porém com a ressalva de que para tanto, deve ocorrer o contraditório específico das partes sobre sua fixação. Isso porque, segundo seu entendimento, a execução provisória das astreintes contraria a processualidade democrática, por total desconsideração aos princípios institutivos do processo e aos princípios diretivos da função jurisdicional, em especial o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito.

Vilanova também aponta que no ordenamento jurídico francês há previsão expressa de liquidação provisória das astreintes, sendo que o juiz deverá observar obrigatoriamente o princípio do contraditório:

“Diante da perspectiva democrática abordada no trabalho, acredita-se, por demais óbvio, que a execução provisória de qualquer sanção promovida para compelir a parte à realização de determinado ato, necessariamente, deve estar amparada pela possibilidade de construção participada do pronunciamento que dispõe sobre o comando.

(...) é importante frisar, desde já, que a execução provisória da sentença que tem o escrutínio de deferir a antecipação de tutela e fixar astreinte só poderia ser realizada em relação a esta na hipótese de contraditório específico acerca de sua fixação.

Explica-se melhor: na sistemática processual democrática não se verifica possibilidade de que seja realizada execução provisória, a respeito das astreintes, determinada em tutela antecipada ou no curso do procedimento jurisdicional ou que seja realizada a execução provisória daquela astreinte fixada conjuntamente à sentença.

É, então, imprescindível que em todo os casos se possibilite a participação construtiva das partes. Caso isso ocorra, não se reconhece impossibilidade de que seja manejada a execução provisória – seja quanto à decisão que antecipa a tutela e fixa as astreintes, seja quanto a decisão que as fixa conjuntamente com a sentença.”⁷⁰

Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Vilanova, entendemos que a participação da parte ré, na execução provisória das astreintes, pode ocorrer por

⁶⁹ FERVENZA CANTOÁRIO, Diego Martinez. O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa – coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2ª tiragem, 2011, p. 341.

⁷⁰ VILANOVA, André Bragança Brant. As Astreintes – Uma Análise Democrática de sua Aplicação no Processo Civil Brasileiro. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2010, p. 96/99.

meio da liquidação por artigos do valor eventualmente devido, em caso de atraso ou descumprimento da obrigação.

Dessa forma, será atendido os princípios constitucionais oriundos do devido processo legal, como o do contraditório e da ampla defesa, pois o réu terá a oportunidade de se manifestar sobre o valor que entende ser devido, ou até mesmo sobre a inexistência deste.

Candido Rangel Dinamarco admite, de maneira enfática, a cognição e o contraditório na execução, afirmando que:

*“Hoje, pode-se até considerar superada a questão fundamental da incidência in executivis da garantia do contraditório, mercê dos termos amplos da disposição contida no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O processo executivo inclui-se, como é óbvio, na categoria processo judicial que o texto constitucional enuncia sem qualquer ressalva ou restrição”.*⁷¹

Além disso, parte da doutrina entende que o arbitramento do valor da multa em liquidação de sentença também se faz necessário para dar ao título certeza e liquidez, elementos necessários para que seja procedida a sua execução, com a comprovação do tempo de mora e valor atual da multa, ou, ainda, o seu descabimento. Isso porque o artigo 618 do Código de Processo Civil dispõe ser nula a execução se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586, CPC).

Nesse sentido discorre Marinoni:

*“A regra da nulla executio sine titulo, quando complementada a partir da relação do título executivo com a existência do direito, revela a preocupação em não se permitir que a execução se desse com base em convicção de verossimilhança ou sem que fosse encontrada a chamada “certeza jurídica”. O princípio da nulla executio sine titulo, além de ter objetivado demonstrar que a execução não poderia ser realizada sem título, quis também deixar claro que esse deveria conter em si um direito declarado, sem deixar margem para qualquer situação de incerteza. É o que se extrai, por exemplo, da doutrina de Carlo Furno: “A impossibilidade de recorrer diretamente à via executiva e a necessidade consequente de obter um título executivo judicial através de um processo de conhecimento se explicam facilmente pela existência de uma situação jurídica substancial caracterizada pelo elemento de incerteza.”*⁷²

⁷¹ DINARMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*, 5ª edição. São Paulo, Editora Malheiros, p. 173-175.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 3 : execução*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24-26.

Para aqueles que entendem que as astreintes devem se enquadrar como título executivo judicial, nos termos do art. 618 do CPC, por meio da liquidação por artigos tal exigência estaria suprida.

Conforme dispõe o art. 475-E do CPC, a liquidação por artigos deve ser adotada sempre que seja necessária a apuração de fato novo para que seja apurada o valor da execução.

Por fato novo, entende-se qualquer ocorrência que se tenha dado depois da propositura da ação ou depois da realização de determinado ato processual. A liquidação por artigos será necessária, portanto, quando, para se determinar o valor da condenação, houver necessidade da prova do fato: (a) que tenha ocorrido depois da sentença, e que tenha relação direta com a determinação da extensão da obrigação nela constituída; ou de fato (b) que, mesmo não sendo a ela superveniente, não tenha sido objeto de alegação e prova no bojo do anterior processo de conhecimento, embora se trate de fato vinculado à obrigação resultante da sentença.⁷³

Ainda assim, é necessário tecer alguns comentários referentes à execução provisória das astreintes, no que diz respeito ao princípio da *nulla executio sine titulo*⁷⁴. O art. 586 dispõe que a execução para cobrança de crédito deve sempre se fundar em título de crédito, sendo que a execução de títulos judiciais, previstos no art. 475-N do CPC passou a seguir a sistemática dos artigos 461, 461-A e 475-J do CPC.⁷⁵

⁷³ MEDINA, José Miguel Garcia. Processo Civil Moderno – Execução. São Paulo, Editora RT, 2ª tiragem, p. 237.

⁷⁴ Cassio Scarpinella Bueno discorre que, “de acordo com o princípio do título executivo, a tutela jurisdicional executiva depende sempre de sua prévia definição em um “título executivo”, tenha ele origem judicial (art. 475-N) ou extrajudicial (art. 585) (...) Sem título executivo, não há execução: é o que atesta antigo aforismo latino: *nulla executio sine titulo*. O direito processual civil brasileiro acolhe o princípio, prova mais que suficiente os dois mencionados dispositivos a litar – em rol taxativo, de acordo com a doutrina tradicional, forte na aplicação dos princípio aqui examinado -, quais são os títulos executivos. (...) O que ocorre, contudo, é que, como todo princípio jurídico, é impensável sustentar que a formulação tradicional do princípio aqui examinado tenha aptidão de manter-se incólume a tantas e tão profundas alterações experimentadas pelo Código de Processo Civil. A este Curso não parece que a noção fundamental do princípio possa, ainda hoje, ser colocado em dúvida. O que ocorre, entretanto, é que a sua atual compreensão impõe uma leitura mais ampla e sistemática dos precitados dispositivos para verificar que os títulos executivos nele previstos não são os únicos a legitimar a prestação da tutela jurisdicional executiva. Assim, (...) importa colocar em relevo que o conceito de título executivo não pode mais ficar vinculado ao que arrolam os arts. 475-N e 585, como se a própria lei processual civil não pudesse criar outros títulos executivos (...) Exemplo marcante dessa realidade normativa diz respeito às decisões interlocutórias que veiculam tutelas preventivas, antecipadas e provisórias... (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 48/49)

⁷⁵ Os títulos judiciais estão previstos no art. 475-N do CPC:

No case em estudo, estamos tratando da possibilidade das astreintes virem fixadas em decisão interlocutória, como nos casos de antecipação da tutela, em sentença ou em acórdão. Ocorre que somente a sentença, das decisões ora referidas, é que pode ser extraída da literalidade do rol de títulos judiciais elencados no art. 475-N do CPC.

Entretanto, a doutrina predominante tem o entendimento de que *“há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 584, mas pode dar ensejo à execução provisória. É a denominada sentença liminar dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais.”*⁷⁶

No mesmo sentido discorre Araken de Assis:

*“O termo “sentença”, empregado no artigo 584, I, se mostra passível de exegese compreensiva. (...) se evidencia que decisões interlocutórias, principalmente sob a forma de liminares, franqueiam acesso à execução forçada. (...) Logo, a nota fundamental do art. 584, I, reside, concretamente, na eficácia condenatória do ato decisório, e não na sua tipificação legal...”*⁷⁷

De qualquer modo, classificando as decisões interlocutórias acima referidas como título executivo ou não, o certo é que elas autorizam a execução forçada, sem que haja violação ao princípio da *nulla executio sine titulo*.

Cassio Scarpinella Bueno afirma que *“é inegável o caráter de título executivo judicial da decisão que fixa a multa com base nos §§ 4º a 6º do art. 461, mesmo*

<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV – a sentença arbitral; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”

⁷⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, São Paulo, Ed. RT, 6ª edição, 2002, p. 950

⁷⁷ ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. São Paulo, Editora. RT, 7ª edição, p. 147

quando se tratar de decisão interlocutória antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional".⁷⁸

Por outro lado, parte da doutrina entende que a multa do art. 461 do CPC não pode ser executada provisoriamente.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão final e desde que esta confirme a antecipação da tutela na qual fora fixada. Para o referido doutrinador, o efeito coercitivo da imposição da multa reside na ameaça de pagamento e não na sua cobrança imediata. Por tal motivo, entende que não é possível a sua execução provisória, mas somente em caso de decisão final que confirme a ordem na qual a multa foi imposta, após o seu trânsito em julgado.⁷⁹

Seguindo essa corrente, Guilherme Rizzo Amaral também conclui seus estudos entendendo ser indevida a execução provisória das astreintes, ressaltando que a antecipação da tutela somente teria utilidade para torna-la exigível, mas não a sua execução, tendo em vista que seu poder coercitivo independe de execução imediata.

Para chegar a tal conclusão, o doutrinador acima citado analisa alguns pontos referentes ao instituto em estudo, no qual demonstra a inexigibilidade do crédito resultante da multa no momento em que o autor requer a sua execução provisória. Mesmo considerando a hipótese de que sendo a sentença de procedência condição para a exigibilidade da multa, e que poder-se-ia argumentar que a antecipação da tutela constitui a antecipação dos efeitos que a provável sentença de procedência terá aptidão de produzir, o que tornaria preenchido, num primeiro momento, o requisito de exigibilidade da multa, Amaral salienta que deve ser considerado o "*princípio da menor restrição possível*"⁸⁰, que impõe ao juiz que

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 464.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Específica, arts. 461, CPC e 84 CDC. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, 2001, p. 111.

⁸⁰ Segundo José Miguel Garcia Medina, "os princípios que norteiam a atividade jurisdicional executiva, quanto às medidas a serem realizadas, são, principalmente, o do meio mais idôneo (ou da utilidade, ou do resultado) eo da menor onerosidade. Tais Princípios, como se sabe, não pertencem exclusivamente à disciplina da tutela jurisdicional executiva, podendo se revelar em todas as searas do direito. Mas é na execução que tais princípios revelam-se em toda a sua magnitude, pois para a realização de todos os atos executivos deverá o juiz, ao mesmo tempo em que busca obter a maior vantagem ao credor, providenciar para que tais atos realizem-se do modo menos prejudicial possível ao devedor."(MEDINA, José Miguel Garcia. Processo Civil Moderno – Execução. São Paulo, Editora RT, 2ª tiragem, p. 53)

limite a antecipação da tutela apenas aos seus efeitos indispensáveis, ou seja, somente aqueles que demandam ser urgentemente antecipados.⁸¹

Dessa forma, dispõe sobre as características dos efeitos que serão antecipados, analisando as suas características. A primeira delas é que a sua antecipação assume o caráter de urgência, e, nesse aspecto, a execução provisória da multa não é urgente, pois o seu caráter coercitivo independe da execução imediata do seu montante.

Outra característica citada por Amaral é que os efeitos que serão antecipados são externos ao processo, e operam nas relações de direito material, e não nas de direito processual:

“Mesmo em se admitindo a possibilidade de antecipação de declaração, poderia ela produzir efeito endoprocessual, ou seja, complementar decisão judicial para dar-lhe eficácia executiva? Não, uma vez que os efeitos antecipáveis se operam de fora do processo, e não interinamente.”⁸²

Por fim, é citada também a característica de que não se antecipam, em regra, efeitos declaratórios da sentença:

“Cumprido, portanto, indagar: qual o efeito específico, da sentença de procedência, que determina fazer juz o autor ao crédito resultante das astreintes? Não há qualquer dúvida que é o efeito declaratório, o reconhecimento de uma relação jurídica em que o autor é credor de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, para cujo cumprimento foi cominada multa.”⁸³

Diante de tal quadro, Amaral conclui que a decisão que antecipa a tutela *“não tem o condão de tornar exigível a multa nela cominada; o que não prejudica evidentemente, a eficácia das astreintes, de natureza coercitiva.”⁸⁴*

O STJ já se manifestou em algumas oportunidades sobre o tema, tanto a favor da execução provisória da multa, como em sentido contrário:

⁸¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 261-263

⁸² AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 263.

⁸³ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 262

⁸⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 263

“Assim, pode o juiz fixar multa diária para eventual descumprimento de medida cautelar. Se esta é confirmada pela sentença do processo principal (e transita em julgado), passa a ser devida e o cômputo do seu valor terá como termo inicial o dia do descumprimento da medida cautelar; conforme, inclusive, decidido no acórdão recorrido (fls. 67). Entender de modo diverso acabaria por tornar ineficaz a decisão judicial, permitindo o seu descumprimento.”⁸⁵

“FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RELIGAMENTO. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que manteve decisão interlocutória que determina a imediata execução de multa diária pelo descumprimento da ordem Judicial.

II - Considerando-se que a “(...) função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância” (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.

III - “Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais” (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed, pág. 654).

IV - A hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial.

V - Recurso especial improvido.”⁸⁶

O STF, por sua vez, já proferiu decisão monocrática no sentido da impossibilidade da execução provisória:

“A multa diária à qual fora condenado o Requerente não será executada enquanto não transitar em julgado a decisão final do processo judicial na origem, cujo objeto é a condenação do Requerente ao pagamento da correção monetária supostamente expurgada pelos Planos Bresser, Verão e Collor”⁸⁷

Levando em consideração toda a controvérsia que cerca o momento da exigibilidade das astreintes, pensamos que esta deve se dar imediatamente após o

⁸⁵ STJ, REsp 159643 / SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª T., j. 23/11/2005.

⁸⁶ STJ, REsp 885.737 / SE, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 27/02/2007.

⁸⁷ STF, Pet. 4302, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 30/04/2008

descumprimento da obrigação imposta ao devedor, após o término do prazo estabelecido para tanto. Pois, do contrário, é fato notório que a sua força coercitiva seria consideravelmente diminuída, pois o réu bem instruído pelo seu advogado, e que entenda ser mais vantajoso não cumprir com a obrigação imposta, teria ciência de que somente sofreria as consequências pecuniárias pela inadimplência após o trânsito em julgado da sentença de procedência da demanda.

Mas, para que a execução provisória das astreintes possa ocorrer, entendemos que seja necessária a sua devida liquidação por artigos, com a finalidade de dar certeza e liquidez ao título, além de proporcionar ao réu a possibilidade de se manifestar sobre o valor devido, observando, dessa forma, os princípios constitucionais oriundos do devido processo legal, como o do contraditório e da ampla defesa. Mesmo porque seria por demais temerário proceder a imediata execução provisória da multa com base apenas na singela alegação do autor, no que diz respeito ao seu valor.

Ainda assim, entendemos que o mais correto é que, no caso de execução provisória da multa, esta deve permanecer em conta judicial até o trânsito em julgado da sentença que venha a confirmar. Pois mesmo que o Exequente responda objetivamente pelo valor levantado em sede de execução provisória, em caso de sentença final de improcedência, no plano prático a recuperação pelo réu do valor constricto a título de execução provisória da multa, e levantado pelo autor, pode não ocorrer, caso este não possua mais tal valor.

2.1.10 Modo de execução da multa – art. 475-J do CPC

Quanto a forma de execução da multa, não restam dúvidas na jurisprudência de que, por se tratar de prestação pecuniária, deve seguir o rito próprio para execução por quantia certa, contida no Capítulo X do Título VIII do Livro I do CPC.⁸⁸

Tendo em vista o entendimento defendido no presente trabalho, pensamos que a execução do valor da multa será regida pelo artigo 475-J do CPC⁸⁹, após a

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 451

⁸⁹ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento

devida fase de liquidação do seu valor, que se dará por meio da liquidação por artigos, como ressalta Humberto Theodoro Junior:

“A exigibilidade da multa se dá por meio do procedimento de execução por quantia certa. Como a sentença que a institui é apenas genérica e subordinada a condição, tem o credor de promover a necessária liquidação antes de dar início à respectiva execução. O rito adequado é, em regra, o da liquidação por artigos, pois haverão de ser provados fatos novos, como a constituição em mora do devedor, o descumprimento da prestação, a data em que este ocorre e a duração do estado de inadimplência. Caberá, em tal procedimento, o juízo de revisão da multa, para reduzi-la, aumentá-la ou fazê-la cessar, conforme o caso (arts. 461, § 6º, e 645, § único).”⁹⁰

Uma vez apurado o valor devido, por meio de liquidação por artigos, o executado será intimado para efetuar o pagamento, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação da multa de 10% do valor da causa, e também da realização de penhora *on line* sobre seus ativos bancários.

Após a introdução do dispositivo em comento no CPC, havia dúvida na doutrina e jurisprudência sobre a necessidade ou não de intimação do devedor para pagar a quantia devida.

O entendimento inicial manifestado pelo STJ sobre o tema era de que a contagem do prazo para o pagamento voluntário da condenação imposta na

do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”

⁹⁰ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 48ª edição, p. 257.

sentença independe de requerimento do credor, ou de nova intimação do devedor, sendo consequência do trânsito em julgado da sentença condenatória.⁹¹

Seguindo tal entendimento, a partir do trânsito em julgado da decisão da liquidação do valor das astreintes, o prazo para pagamento pelo executado se iniciaria automaticamente, sem que houvesse a necessidade de sua intimação para efetuar o pagamento.

Esse entendimento, que foi pioneiramente adotado pelo STJ, especialmente nos julgados da Terceira Turma, deixou de ser acatado pelo referido Tribunal, que pacificou novo entendimento sobre o tema, no julgamento do Recurso Especial nº 940.274 - MS (2007/0077946-1), no qual entende que o prazo para o executado pagar o valor a que fora condenado começa a correr somente a partir de sua intimação, por intermédio de seu patrono, para que cumpra a sentença.

De fato, o julgamento do Recurso Especial nº 940.274, que se deu em 07/04/2010 pela Corte Especial e teve como Relator P/ Acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, pacificou o entendimento segundo o qual o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento do valor devido pelo executado começa a fluir somente após a sua intimação pela imprensa oficial, na pessoa de seu advogado, para que cumpra o julgado.

Logo, a forma de execução do valor liquidado das astreintes, se dará nos termos do art. 475-J do CPC, devendo a parte ser intimada por intermédio de seu patrono para que o prazo para pagamento se inicie.

⁹¹ STJ, Segunda Turma, Ag.Rg. no Agravo de Instrumento Nº 1.249.450 – SP, Min. Relator Humberto Martins, j. 16/03/2010 - Em seu voto, no qual nega provimento ao Agravo Regimental, o Ministro Humberto Martins alega que a contagem do prazo para o pagamento voluntário da condenação imposta na sentença independe de requerimento do credor, ou de nova intimação do devedor, sendo consequência do trânsito em julgado da sentença, da qual o devedor toma ciência pelos meios ordinários de comunicação dos atos processuais.

Além disso, a citação só é necessária no procedimento seguinte, ou seja, na expedição do auto de penhora e avaliação, requerida pelo credor, em caso de não satisfação da dívida no citado prazo. Assim, é desnecessária a intimação pessoal do devedor para pagamento de quantia certa estabelecida na sentença.

Ou seja, de acordo com o referido entendimento, basta que o devedor seja intimado do trânsito em julgado da sentença/acórdão que constituiu o título executivo judicial (art 475 N, II. CPC), ainda que na pessoa de seu advogado, para que o prazo de 15 (quinze) dias comece a fluir.

2.1.11 Há trânsito em julgado da decisão que fixa as astreintes?

O entendimento majoritário acolhido pela doutrina é de que não ocorre o trânsito em julgado da parte da decisão que fixa as astreintes. Os argumentos utilizados para tanto se encontram nos parágrafos dos artigos 461, que autorizam a modificação do valor da multa, além do fato de não integrarem originalmente o pedido da parte, sendo apenas um instrumento utilizado para sua efetivação, dentre outros.

Logo, não há que se falar em definitividade na imposição e arbitramento da astreinte, e, muito menos, trânsito em julgado da decisão que a impõe ou que lhe define o valor, conforme o entendimento doutrinário:

“Não há definitividade, outrossim, na imposição e arbitramento da astreinte, mesmo porque não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas de simples instrumento legal de coerção utilizável em apoio à prestação jurisdicional executiva. É por isso que não há de se pensar em coisa julgada na decisão que lhe impõe ou que lhe define o valor, ou lhe determina a periodicidade (o § 4º fala em “multa diária”, já o § 5º, em “multa por tempo de atraso”; o que indica a possibilidade de o juiz adotar periodicidade que não seja a diária). E é em consequência desse feitio apenas coercitivo da multa que o § 6º do art. 461 autoriza o juiz, a qualquer tempo, e de ofício, a modificar o valor ou a periodicidade da astreinte caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Se o juiz verificar que a prestação específica já era impossível desde o tempo da sentença, não poderá manter na execução a exigência da multa indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer.”⁹²

“Questão interessante diz respeito à modificação do valor e/ou periodicidade da multa fixada em sentença transitada em julgado. Uma falsa compreensão da natureza e da função das astreintes pode levar o intérprete a acreditar que nessa hipótese haverá uma vinculação do juiz que conduz o cumprimento de sentença ao estabelecido em sentença em virtude do fenômeno da coisa julgada material.

O equívoco de tal percepção é manifesto, porque a multa é apenas uma forma executiva de cumprir a obrigação reconhecida em sentença, naturalmente não fazendo parte do objeto que se tornará imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material.

(...)

“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

⁹² THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 39ª edição, p. 39.

*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. Reconheço que a determinação exata do momento a partir de quando a multa passou a ser inútil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determina-lo valendo do princípio da razoabilidade.*⁹³

O STJ já manifestou entendimento de que o valor final da multa pode ser reduzido pelo juiz para evitar o enriquecimento sem causa da parte autora.⁹⁴

Por outro lado, adentrando no cerne da questão relativa aos motivos que levaram ao inadimplemento da obrigação de fazer imposta, o STJ também já proferiu julgamento no qual entende que caso esta tenha se dado por resistência injustificada da parte, não há sentido em se minorar o valor final da multa, já que o seu valor, ao final da lide, é consequência da postura de afronta ou desleixo adotada pela mesma.⁹⁵ De qualquer forma, podemos observar que o motivo alegado pelo STJ para não minorar o valor da condenação não foi o transito em julgado da multa, mas a postura adotada pela parte devedora.

Ainda assim, não restam dúvidas na doutrina sobre o fato de que as astreintes não são abrangidas pela coisa julgada, pois, segundo Luiz Rodrigues Wambier:

[...] “a revisibilidade da multa ditada em sentença como sendo coisa julgada sujeita à cláusula rebus sic stantibus, ou seja, o caráter imutável da sentença estaria condicionado à continuidade da situação fática que existia quando ela foi proferida: alterando-se os fatos, poderia ser alterado o comando. Parece mais adequado compreender a multa, mesmo quando fixada em sentença, como mero instrumento de efetivação dos comandos judiciais, não estando, assim, abrangida pela coisa julgada. É isso que justifica,

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Editora Método, 4ª edição, 2012, p. 961/962.

⁹⁴ Informativo 407/STJ: REsp 947.466 / PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 17/09/2009. Nesse sentido, há outro julgado da Quarta Turma, Resp 793.491 / RN, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 26/09/2006.

⁹⁵ Informativo 448/STJ: REsp 1.135.824 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 21.09.2010.

*inclusive, sua fixação pelo juiz mesmo quando a sentença não a previu.*⁹⁶

Fredie Didier Jr, Leonardo C. J. Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira também entendem dessa forma, ressaltando que:

*[...] “não se pode dizer que a possibilidade de alteração posterior da medida de apoio representa ofensa à coisa julgada material, ou mesmo que configura uma exceção a essa imutabilidade. Quando o magistrado julga procedente o pedido formulado pela parte, impondo ao adversário um fazer ou não fazer, fica desde já autorizada a tomar todas as providências cabíveis para torna-lo efetivo, podendo, inclusive, alterá-las posteriormente, se isso for necessário. Assim, essa alteração das medidas efetivas não implica alteração da norma jurídica individualizada contida no comando decisório. Não se pode alterar o fazer ou não fazer impostos, mas nada impede que se alterem as medidas de apoio à sua efetivação.”*⁹⁷

Guilherme Rizzo Amaral entende da mesma forma com relação à ausência de coisa julgada com relação às astreintes, já que o crédito dela resultante não integra a lide e o bem da vida da parte autora, e não faz parte de questões já decididas. Mesmo porque a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida, e não sobre as técnicas coercitivas utilizadas para atingi-la. Amaral se aprofunda ainda mais na questão, indagando se o juiz poderia reduzir, ou mesmo extinguir, o crédito resultante da incidência da multa, caso contate que esta não atingiu sua finalidade:

“Resta, portanto, saber se o juiz, diante do pedido de execução, provisória ou definitiva, do crédito resultante da incidência das astreintes, pode reduzi-lo ou extingui-lo, verificando que a multa não cumpriu com sua função coercitiva, ou que o recebimento do crédito resultante de sua incidência poderá implicar o enriquecimento injustificado do demandante.

A questão é delicada, visto que, em se admitindo a diminuição ou até mesmo a supressão total do crédito resultante da multa poder-se-á estar retirando por completo a credibilidade das astreintes como meio coercitivo. (...)

*De qualquer sorte, entendemos ser possível a redução, e até mesmo a supressão do valor resultante da incidência das astreintes, visto que não a veda o direito e a recomenda a prática.”*⁹⁸

⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v.2. São Paulo, Editora RT, 7ª edição, p. 266.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 441-442.

⁹⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010, p. 267-268.

Para fundamentar seu entendimento, Guilherme Rizzo Amaral cita alguns julgados, em que as astreintes foram suprimidas, ou tiveram o seu valor reduzido,⁹⁹

Diante de tal quadro, parece não haver dúvidas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que as astreintes não são atingidas pela coisa julgada, podendo haver alteração em seu valor mesmo após o trânsito em julgado de decisão final que venha confirmar o seu valor.

2.1.12 Possibilidade de revisão do valor da multa

O § 6º do art. 461 outorga poder ao juiz para modificar, de ofício ou mediante requerimento da parte autora, o valor da multa fixada. Tal hipótese pode ocorrer caso o valor da multa fixada seja insuficiente para compelir o devedor à cumprir a obrigação, ou quando o seu valor se tornar desproporcionalmente excessivo à tutela específica requerida.

Ainda com relação à revisão do valor da multa, é certo que esta pode ocorrer também no que tange à sua periodicidade, para se adequar de forma mais precisa ao caso.

O entendimento jurisprudencial sobre o tema é nesse mesmo sentido, apontando a necessidade de adequação da proporcionalidade entre o valor fixado à título de astreintes, e o bem jurídico tutelado pela decisão.

Outro julgado proferido pelo STJ diz respeito à possibilidade de o juiz reduzir a multa que considere como excessiva à qualquer tempo, inclusive na fase de execução da decisão, sob o argumento de que a parte da decisão que fixa o valor da multa não transita em julgado:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. ASTREINTES. EXECUÇÃO. ALTERAÇÃO DE VALOR ABSURDO. COISA JULGADA. OFENSA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO.¹⁰⁰

⁹⁹ TJ/RS Reexame Necessário nº 70003274230, Rel. Des. Araken de Assis, 4ª Câmara Cível, j. 14.11.2001; TJ/MG, Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.185931-1/001(1), Rel. Des. Luciano Pinto, j. 31.01.2008.

¹⁰⁰ STJ, AgRg no Ag 745.631/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 08/05/2007.

No que se refere à alteração do valor das astreintes, bem como de qualquer outra medida coercitiva que tenha sido aplicada, o magistrado deve justificar os motivos da alteração aplicada, sendo concedida às partes a possibilidade do contraditório:

“A alteração da medida de coerção desse ser devidamente justificada pelo magistrado e, sempre que possível deve submeter-se ao contraditório das partes, a fim de que elas opinem sobre a conveniência e possibilidade da mudança. Naturalmente, essa alteração se submete a todos os parâmetros de controle a que se submeteram as medidas originalmente impostas pelo magistrado (princípio da proporcionalidade, em sentido amplo)...”¹⁰¹

Em regra, a variação da intensidade da multa passa a produzir efeitos concretos a partir do próprio fato motivador da alteração, na hipótese de redução, ou da intimação do requerido, em caso de aumento.¹⁰²

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 441

¹⁰² Theotônio Negrão. Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor. Editora Saraiva, 45ª edição, 2013, p. 540.

3. MECANISMOS JURISDICIONAIS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE NÃO PREVISTAS EXPRESSAMENTE NO ART. 461 DO CPC – MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS

Como se disse, o § 5º do art. 461 prevê uma série de medidas que o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção o resultado prático equivalente, citando como exemplo a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Da simples leitura do referido parágrafo, é nítido o fato de que o rol supra citado não é taxativo, mas meramente exemplificativo, o que fica evidenciado pela utilização da expressão “tais como”.¹⁰³

Mesmo diante do grande leque de opções que o magistrado possui para efetivar o cumprimento da tutela deferida, Daniel Amorim Assunção Neves pondera que esse amplo poder que lhe é concedido “*não é irrestrito ou incondicionado, cabendo na aplicação das medidas executivas sempre levar o juiz em consideração o princípios da razoabilidade e da menor onerosidade ao executado (art. 620 do CPC)*”¹⁰⁴

Entretanto, algumas medidas atípicas polêmicas, ou seja, que não estão contidas expressamente no rol exemplificativo do § 5º do art. 461, são ocasionalmente adotadas pelos Juízos pátrios, com o objetivo de compelir a parte executada a realizar a obrigação que lhe fora imposta.

No presente capítulo iremos abordar a aplicação da multa do art. 14 do CPC e a prisão civil, já que se tratam das medidas coercitivas atípicas mais comumente

¹⁰³ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.” (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

¹⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Editora Método, 4ª edição, 2012, p. 956. Nesse sentido: “Aqui se encontra um tipo de atividade que se aproxima da discricionariedade no que tange à forma de efetivação da tutela, mas lembrando que permanece o juiz adstrito ao resultado final pretendido pelo autor.” (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo, Editora RT, 15ª edição, 2012, p. 874)

lembradas: a primeira em virtude de sua frequente utilização pelos juízes, e a segunda em decorrência da polêmica discussão sobre a sua utilização como mecanismo coercitivo.

3.1 Aplicação da multa do art. 14 do CPC

3.1.1 Conceito

Em caso de descumprimento da tutela de obrigação de fazer / não fazer concedida, tem o juiz a possibilidade de aplicar a multa prevista no art. 14 do CPC, que pode ser estipulada em até 20% do valor da causa. Como podemos observar no inciso V do referido artigo, *“são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”*.¹⁰⁵

A multa prevista no art. 14 não se confunde com a multa prevista no art. 461, pois aquela tem caráter punitivo, sendo que sua incidência depende de outros pressupostos. Já a multa do art. 461 possui caráter coercitivo.¹⁰⁶

¹⁰⁵ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.” (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

¹⁰⁶ Nesse sentido: STJ, Resp 770.753/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T. j. 27/02/2007.

3.1.2 Aplicação de ofício pelo juiz

É entendimento sedimentado pela nossa doutrina e jurisprudência que a multa do artigo 14 do CPC pode ser aplicado de ofício pelo juiz em caso de descumprimento da obrigação imposta. E nem poderia ser diferente, tendo em vista o texto de tal dispositivo.

Assim, pela leitura conjunta do dispositivo em comento, que afirma se tratar de dever das partes o cumprimento dos provimentos judiciais, sob pena de se constituir ato atentatório ao exercício da jurisdição, facultando ao magistrado a possibilidade de estipular multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta da parte ré, até o limite de 20% do valor da causa, com o art. 461 do CPC, que dispõe, em seu § 5º, que, para a efetivação da tutela específica requerida, ou mesmo do resultado prático equivalente, poderá o magistrado determinar as medidas que julgar como necessárias, fica evidente que esta poderá ser aplicada de ofício a qualquer momento.

3.1.3 Possibilidade da multa do art. 14 incidir conjuntamente com a multa do art. 461 do CPC

Também não restam dúvidas de que a multa prevista no art. 14 pode ser aplicada cumulativamente com a multa prevista no art. 461, visando a obtenção do resultado pretendido pela parte autora.

Isso porque, como se disse, essas multas possuem natureza distinta: a multa do art. 14 possui natureza punitiva, enquanto que a multa do art. 461 possui natureza coercitiva.

Além disso, o próprio art. 14 prevê o cabimento da multa “*sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis*”.

3.1.4 Distinção entre a multa do art. 14 e a do art. 461 do CPC

Em virtude de seu caráter punitivo, a multa do art. 14 somente deverá ser aplicada após o inadimplemento da obrigação imposta à parte requerida, e não no

momento em que o juiz determina o cumprimento da obrigação, em que pode ocorrer a fixação da multa prevista no art. 461 para o caso de descumprimento, como medida coercitiva.

Nos dizeres de Fredie Diddier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

[...] “quanto à natureza, fácil pontuar que, enquanto a multa do art. 461, do CPC, é estritamente processual, vez que atua com escopo único de obter a efetivação, pelo seu destinatário, da decisão mandamental concedida, a multa do art. 14, CPC, é de cunho nitidamente administrativo, tratando-se de reprimenda pecuniária imposta pelo magistrado (no exercício de seu atípico poder de polícia ou contempt power), a todos aqueles que descumpram ou atrapalhem o cumprimento dos provimentos judiciais (ato atentatório ao exercício da jurisdição – uma punição ao contempt of court”.¹⁰⁷

Nesse sentido, discorrem os doutrinadores supra que a decisão que comina a multa do art. 461 tem natureza jurisdicional, enquanto que a decisão que impõe a multa do art. 14 tem natureza administrativa.

Dessa forma, há diferenças entre a multa do art. 461 (também caracterizada nos arts. 461-A do CPC e 84 do CDC), denominada de astreintes, com a multa do art. 14, representando um *contempt of court*¹⁰⁸ à brasileira, e tendo por finalidade

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 450.

¹⁰⁸ No direito inglês e norte-americano, a expressão “*contempt*” serve tanto para definir a conduta atentatória, como o processo que venha preveni-la ou reprimi-la. Nos Estados Unidos, a sanção por *contempt* é cabível quando a parte não colaborar com uma ordem da Corte, que pode ser tanto uma injunção mandamental (para que o réu realize um ato), quanto uma injunção inibitória (não praticar um ato), e pode ser aplicada em julgamentos finais ou até mesmo provisórios. Lá, as sanções impostas pelo *contempt* podem ser multa ou prisão. Ao contrário do que ocorre no Brasil, o *contempt* civil norte-americano é estabelecido em benefício da parte prejudicada, que tem a faculdade de abrir mão de tal instituto a qualquer tempo. Segundo Paulo Sarno Braga, “trata-se o instituto, em sua essência, de microssistema normativo composto por regras e princípios que vêm garantir a boa administração da justiça e o prestígio do Poder Judiciário. Tem o condão de regrar os atos tidos por *contempt of court* os quais representam, literalmente, “*desprezo à corte*, ou ainda *desacato ao tribunal*, conduta que constitui ofensa punível de diversas maneiras”. A vetusta doutrina foi originariamente concebida e consagrada nos ordenamentos da família do *common law*, sendo que a sua adoção legítima o uso de métodos de coerção e/ou punição sobre aqueles que desrespeitam a autoridade judicial, “prevenindo e reprimindo os atos de desobediência, desprezo, interrupção, obstrução e impedimento, atuais ou iminentes, das partes ou de terceiros, no curso de um processo judicial, denominados de atos de *contempt of court*” (O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART 14 DO CPC: UM CONTEMPT OF COURT À BRASILEIRA - https://www.google.com.br/#hl=pt-BR&gs_rn=9&gs_ri=psy-ab&tok=u_LSwjbdVv6nAyOaip9Nyg&cp=45&gs_id=5g&xhr=t&q=contempt+of+power+defini%C3%A7%C3%A3o+no+processo+civil&es_nrs=true&pf=p&scient=psy-ab&oq=contempt+of+power+defini%C3%A7%C3%A3o+no+processo+civil&gs_l=&pbx=1&bav=on.2,or.r_qf.&bv=bv.45175338,d.eWU&fp=61c69defeba04759&biw=1092&bih=533 – pesquisa realizada em 28.07/2013)

proteger a autoridade do Poder Judiciário, como responsável pelo exercício da jurisdição pátria, assegurando o respeito às suas decisões, bem como a ética e boa-fé comportamental de todos que venham a participar do processo, enquanto que aquela, diante de sua natureza coercitiva, tem por finalidade assegurar o cumprimento dos provimentos mandamentais.

Além disso, a multa do art. 14 é devida ao Estado, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, ao contrário da multa do art. 461, que é devida ao exequente.

Também ocorrem diferenças na forma de fixação das multas, já que naquela prevista no art. 461 do CPC, o seu valor pode ser fixo ou incidir de forma periódica, como por exemplo, um determinado valor para cada dia de descumprimento, enquanto que na multa prevista no art. 14 do referido *códex* o seu valor é sempre fixo, respeitando o teto máximo de 20% do valor da causa.

3.1.5 Da execução da multa do art. 14 do CPC

Por fim, no que tange à execução da multa prevista no art. 14, dispõe o seu *caput* que esta deverá ser exigida pelo juiz após o transito em julgado da decisão final da lide, ou seja, da sentença proferida pelo juízo de origem, ou do acórdão que julgou o recurso interposto por uma das partes. Pela própria letra da lei fica evidente a constatação de que a sua exigência não é uma faculdade do juiz, mas sim um dever.

A sua exigência após o transito em julgado de decisão final da lide se dará tanto nos casos em que o magistrado determinar a sua aplicação no transcorrer da lide, como, por exemplo, em caso de descumprimento de ordem liminar determinando a antecipação da tutela, como nos casos em que a sua aplicação se der na decisão final.

E como a multa do art. 14 é devida à Fazenda Pública, se o devedor não efetuar o seu pagamento após ser intimado para tanto, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

3.2 Da prisão civil

3.2.1 Conceito

Trata-se de uma das modalidades tradicionalmente mais lembradas com relação às medidas executivas atípicas, provavelmente pela controvérsia existente a respeito do seu cabimento como medida coercitiva em sede de execução de obrigação de fazer ou não fazer.

Parte da doutrina é favorável à sua aplicação como forma de coagir o executado a cumprir a obrigação que lhe fora imposta. Para tanto, argumentam que no texto do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal¹⁰⁹, que excepciona a prisão civil por dívida, não há vedação expressa à outras modalidades de prisão, tal como a proveniente de descumprimento da obrigação de fazer.¹¹⁰

De outra banda, a outra parcela da doutrina entende não ser cabível a prisão civil em tais circunstâncias, sob o argumento de que o termo “dívida” constante do texto do referido artigo constitucional significa inadimplemento de qualquer espécie de obrigação, inclusive a de fazer ou não fazer.

O STF já se posicionou recentemente sobre o tema, dispondo que não cabe prisão civil do depositário infiel.¹¹¹

Fato interessante comentado pelo doutrinador Daniel Amorim Assunção Neves é que “já houve tentativa de incluir em texto legal a prisão civil como forma de *contempt of court*, com a inclusão de um § 2º ao art. 14 do CPC, que determinaria a prisão civil da parte que rejeitasse o descumprimento de ordem judicial por não mais do que 30 dias.”¹¹² Entretanto, a tentativa não atingiu seus objetivos, e somente houve a inclusão da multa de até 20% do valor da causa na hipótese de ato atentatório à dignidade da jurisdição, nos termos do art. 14, V e parágrafo único, do CPC.

O doutrinador Dirley da Cunha Junior aponta que:

¹⁰⁹ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

¹¹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória – A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo, Editora RT, 2002, p. 200-201.

¹¹¹ STF, AI 609054 AgR / MS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 03/04/2012.

¹¹² Neves, Daniel Amorim Assunção, Manual de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Ed. Método, 4ª edição, 2012, p. 956

[...] “a Constituição veda a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, LXVII). Relativamente à ressalvada prisão civil por dívida do depositário infiel, a jurisprudência do STF por muito tempo entendeu que não se aplicaria entre nós o tratado de São José da Costa Rica, aprovado no Brasil, cujo art. 7º, n. 7, proibiu tal prisão. Contudo, a Suprema Corte hodiernamente sinaliza para uma mudança louvável de sua jurisprudência, conforme se pode aferir do julgado exarado no HC 90.172, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 05/06/07, Informativo 470...”¹¹³

O trecho supra citado foi redigido antes da queda da prisão civil do depositário infiel. Mesmo assim, Dirley da Cunha Junior já sinalizava os indícios que antecederam a mudança de posicionamento do STF sobre o tema.

Mas, para analisarmos a prisão civil admitida na Constituição, em seu art. 5º, LXVII, é necessária também a análise do § 3º do dispositivo em comento, trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.¹¹⁴

É que o Brasil é signatário do “Pacto de São José da Costa Rica”¹¹⁵, que veda a prisão civil por dívidas, com a única exceção para os casos de descumprimento de obrigação alimentar. Dessa forma, com a aplicação do § 3º do art. 5º da CF, deve tal Tratado ser recebido com status constitucional, o que implicaria em revogação parcial do inciso LXVII, no que se refere à prisão do depositário infiel.

Este é o entendimento que acabou por prevalecer no âmbito do STF, como podemos observar em algumas de suas manifestações sobre o tema¹¹⁶, ensejando, inclusive, a edição da Súmula Vinculante n. 25, que tem o seguinte enunciado: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”¹¹⁷

¹¹³ CUNHA JR., Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador, Editora JusPodium, 2ª edição, 2008, p. 688.

¹¹⁴ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

¹¹⁵ Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992), que admite apenas a prisão civil oriunda de dívida alimentícia, em seu art. 7º, n.7.

¹¹⁶ STF, RE 349.703/RS, RE 466.343, HC 87.585 / TO.

¹¹⁷ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf

Outro argumento utilizado pelos doutrinadores que seguem essa posição é o art. 4º, II, da CF.¹¹⁸ O STJ também vem seguindo essa orientação, como podemos observar em seus julgados sobre o tema.¹¹⁹

Cassio Scarpinella Bueno adentra mais adiante na discussão, questionando se pode o magistrado expedir ordem de prisão por outros motivos distintos do inadimplemento por dívida, que encontra previsão legal no art. 5º, LXVII da CF, apenas para os casos especificados em tal dispositivo.

O cerne da discussão reside na aplicação dos “direitos fundamentais” no direito brasileiro, ou seja, sobre a necessidade de conciliar a norma constitucional com os princípios, claramente opostos, que garantem, de um lado, a liberdade, e, de outro, a efetivação da jurisdição.

Para o supra citado doutrinador, é cabível a prisão civil em casos cujas peculiaridades concretas justifiquem tal medida, quando for, por exemplo, a única forma possível para compelir o executado a cumprir a ordem judicial proferida. Por tal motivo, a prisão somente será cabível em último caso.¹²⁰

Fredie Didier Jr., Leonardo J. C. Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira consideram necessário definir qual a exata acepção do termo “dívida” contido no 5º, LXVII da CF, para esclarecer a possibilidade ou não de o magistrado decretar a prisão civil em caso de descumprimento da ordem imposta. Estaria ela se referindo a “uma prestação qualquer” ou apenas à “prestação pecuniária”?

Isso porque compreendendo-se “dívida” como “obrigação de pagar quantia”, obviamente que o 5º, LXVII da CF não vedaria a possibilidade de ser admitida pelo

¹¹⁸ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;”

¹¹⁹ STJ, HC 102.173/SP, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 17.06.2008; STJ, HC 77.654/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., 4ª Turma, j. 16.09.2008.

¹²⁰ “A interpretação defendida por este Curso é a do cabimento da prisão civil em casos cujas peculiaridades concretas a justifiquem como única forma possível, ao menos em tese, para compelir o destinatário da ordem judicial à acatá-la e, por isto mesmo, desde que malogradas todas as outras possíveis formas de conduzir o executado ao seu acatamento. Trata-se, com efeito, de decorrência natural dos critérios listados pela Introdução do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 para solucionar o impasse a que fez referência o parágrafo anterior: a prisão civil, destarte, tem de mostrar-se necessária, adequada e concretamente justificável no caso para tutelar um interesse de maior, ou, quando menos, igual estatura à liberdade garantida, isso não há como negar, pelo inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal. Não se trata, por isso mesmo, de mera interpretação a contrario sensu do referido dispositivo constitucional – o que a norma estaria a vedar é, unicamente, a prisão civil por dívida e, portanto, todas as outras, que não fundadas naquele pressuposto de fato, seriam permitidas.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010, p. 469)

magistrado o uso da prisão civil como medida coercitiva com a finalidade de fazer com que o executado cumpra a obrigação que lhe fora imposta. Por outro lado, compreendendo-se dívida como obrigação civil, então a vedação contida no dispositivo em comento é absoluta, não havendo que se falar no uso da prisão civil fora das hipóteses aí indicadas.¹²¹

Eles acreditam que a análise de tal questão deve se dar pela perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, ficando evidenciada a fragilidade da tese restritiva da prisão civil, eis que ela pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta de um direito fundamental (liberdade individual) em relação aos demais direitos individuais, optando pela tese ampliativa da prisão civil, com a ressalta de entenderem o termo “dívida” como “obrigação de conteúdo patrimonial”, não necessariamente de conteúdo pecuniário.¹²²

Eduardo Talamini entende que a expressão “dívida” contida no dispositivo constitucional em comento se refere às obrigações em geral, e não apenas às de conteúdo pecuniário, e, conseqüentemente, que a prisão civil não pode ser utilizada como medida coercitiva.¹²³

Já Sergio Cruz Arenhart entende que a expressão “dívida” tem uma acepção ampla, abrangendo tanto as prestações pecuniárias como as não pecuniárias. Entretanto, admite a utilização da prisão civil como medida coercitiva para cumprimento de ordem judicial, visto que, ainda que esta ordem imponha uma prestação de conteúdo obrigacional, o objetivo maior da prisão seria fazer-se respeitar o poder de império estatal, resguardando a dignidade da justiça.¹²⁴

Marinoni pondera que a interpretação do inciso LXVII, do art. 5º da CF deve levar em consideração os direitos fundamentais, bem como uma interpretação que leve em consideração todo o contexto normativo destes, sendo indispensável permitir o seu uso, em certos casos, para a efetivação da tutela dos direitos (art. 5º, XXXV da CF).¹²⁵

¹²¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 460.

¹²² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 5. Salvador, Editora JusPodium, 2009, p. 462-463.

¹²³ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84, v. 6. Editora RT, 2000, p. 302.

¹²⁴ ARENHART, Sergio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo, Editora RT, 2003, p. 394.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo. São Paulo, Editora RT, p. 431

Diego Martinez Fervenza Cantoário entende que a prisão civil como medida coercitiva atípica nos casos decorrentes da execução do art. 461 do CPC não deve ser permitida, ressaltando que o direito estabelece limitações à execução de sentença, tais quais as impenhorabilidades previstas no art. 649 do CPC, e que seria um grande contra censo seguir a vedação à tais medidas, e, ao mesmo tempo, admitir a prisão civil como medida coercitiva.¹²⁶

Em nosso sentir, a intenção do legislador é de que não deve haver prisão por dívida civil no ordenamento jurídico pátrio, sendo evidente que o termo “dívida” engloba todas as formas de inadimplência, tanto a obrigação de pagar quantia quanto as demais obrigações civis. Além disso, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que veda a prisão civil, com exceção dos casos de dívidas de natureza alimentícia, que, com a aplicação do § 3º do art. 5º da CF, deve ser recebido com status constitucional.

De qualquer forma, em determinadas situações a comparação entre os direitos fundamentais envolvidos é inevitável. Imaginemos, por exemplo, o caso de uma pessoa que necessita fazer uma cirurgia com urgência. Entretanto, o seu plano de saúde barra a realização de tal procedimento, sob a alegação genérica de que “tal tipo de operação não está englobado no plano em questão”. Diante dessa situação, essa pessoa não tem outra alternativa que não seja entrar com uma ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, para que seja imposta, em sede de liminar, a obrigação de fazer ao plano de saúde consistente em realizar a operação necessária sob pena de multa diária elevada. Pois, do contrário, o autor da ação irá falecer.

Em tal situação, caso o plano de saúde se recuse a liberar o procedimento cirúrgico, mesmo com a fixação de multa diária altíssima e da adoção de outras

¹²⁶ “A razão parece estar com aqueles que entendem a impossibilidade da prisão civil como medida coercitiva para fins do artigo 461, § 5º, do CPC. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Civis e Políticos já seriam suficientes para o reconhecimento da impossibilidade desta medida extrema, pois seu caráter normativo supralegal impediria a aplicação da legislação interna conflitante. Além desse forte argumento é preciso lembrar que o direito estabelece uma série de limitações à execução de sentenças, dentre as quais as impenhorabilidades previstas no Código de Processo Civil. Seria um contra senso não ser possível a penhora do salário (CPC, art. 649, V), da quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta salários mínimos (CPC, art. 649, X), e do bem de família (Lei n. 8009, de 1990), mas ser admitido que alguém venha a perder a liberdade em razão de um processo despido das garantias próprias das causas criminais.” (FERVENZA CANTOÁRIO, Diego Martinez. O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa – coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2ª tiragem, p. 357)

medidas coercitivas, poderia o juiz determinar a prisão do seu diretor diante da insistência no descumprimento da ordem imposta?

Ainda que se tenha, de um lado, o direito à liberdade, cujas últimas alterações em nosso ordenamento jurídico demonstram a tendência cada vez mais visível do legislador em somente admitir a prisão civil em casos oriundos de prestação alimentícia, de outro lado, temos o direito fundamental à vida, que é o mais importante de todos.¹²⁷

Por tal motivo, seguimos o entendimento proferido por Cassio Scarpinella Bueno, admitindo a prisão civil como medida coercitiva da obrigação de fazer / não fazer em casos extremos, em que seja a única forma de se obter a prestação da tutela devida.

3.2.2 Da utilização da prisão por crime de desobediência

A aplicação da prisão civil como forma de execução indireta não vem sendo aplicada no dia a dia forense, com exceção dos casos de dívida de natureza alimentar. Entretanto, alguns juízes têm determinado a prisão em flagrante do devedor pelo crime de desobediência, que se trata de uma prisão-sanção distinta da execução indireta.

O crime de desobediência está previsto no art. 330, do Código Penal Pátrio.¹²⁸ Em alguns casos, também é citado o art. 329 do referido *codex*,¹²⁹ que trata do crime de resistência. E, com base em tais dispositivos, alguns magistrados

¹²⁷ Segundo Alexandre de Moraes, “a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência.” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo, Editora Atlas S.A., 9ª edição, 2001, p. 61-62)

¹²⁸ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

¹²⁹ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Resistência

Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.”

valem-se da prisão em flagrante como forma de coagir o devedor à cumprir a obrigação que lhe fora imposta.

Com relação à tal medida, um dos argumentos utilizados por quem não concorda com a sua aplicação é que a prisão em flagrante, na legislação penal brasileira, é medida punitiva, e não coercitiva. Ainda, seguindo essa linha de raciocínio, depois de descumprir o mandado do juiz, posterior arrependimento e cumprimento da obrigação por parte do devedor não afastaria a incidência da sanção penal, diferentemente do que ocorre na prisão civil, que cessa no instante em que haja o adimplemento.

Teori Alberto Zavascki entende pela aplicabilidade dos arts. 329 e 330 do CP, vez que a resistência injustificada a ordens judiciais atenta sobretudo contra a autoridade e dignidade da função jurisdicional, e apenas reflexamente contra a parte autora. Ou seja, a aplicação de tais dispositivos teriam como objetivo a punição do executado, sendo necessário, para tanto, a propositura de ação pelo Ministério Público.¹³⁰

Por outro lado, alguns doutrinadores possuem entendimento oposto. Para Leonardo Greco, é inadmissível a adoção de tal medida, pois, do contrário, estar-se-ia violando a *“dignidade humana do devedor, restaurando anacronicamente a perda da liberdade da pessoa como instrumento de cumprimento de obrigações ou cobranças de dívidas.”*¹³¹ Além disso, nas obrigações de fazer / não fazer não há vínculo de subordinação entre o credor e o devedor a justificar a incidência do crime de desobediência.

Já Bedaque defende a tipificação do descumprimento de decisão judicial como crime de desobediência, pois *“a configuração do crime de desobediência ou de prevaricação é consequência inerente ao caráter mandamental da tutela, cuja eficácia predominante consistiria na ordem existente no dispositivo da sentença. Tal se dá, por exemplo, no mandado de segurança, na demanda de manutenção de posse e no interdito proibitório.”*¹³²

Diante de tais argumentos, não nos parece correto que o magistrado determine a prisão em flagrante do réu em virtude do descumprimento da obrigação

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução. Parte Geral. São Paulo, Editora RT, 3ª edição, 2004, p. 82

¹³¹ GRECO, Leonardo. O processo de execução, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, p. 501.

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). Editora Malheiros, 5ª edição, p. 110

de fazer / não fazer que lhe fora imposta, tendo em vista que tal medida tem caráter punitivo, e não coercitivo. Logo, caso o julgador esteja convencido de que o devedor esteja oferecendo resistência injustificada em cumprir a obrigação que lhe fora imposta, o mais correto é que seja determinada a expedição de ofício ao Ministério Público para que seja devidamente apurado se houve alguma conduta do réu que se enquadre nos tipos penais mencionados. Isso claro, como medida punitiva, e não com a intenção de coagir o devedor.

De qualquer forma, devemos ressaltar que expedição de ofício ao Ministério Público somente deve ocorrer nos casos em que haja recusa do devedor em cumprir a obrigação que lhe fora imposta. Ou seja, não entendemos como correta a adoção de tal procedimento caso seja apurado ao final do processo que a obrigação imposta era tecnicamente impossível de ser cumprida, independentemente de sua vontade.

O STJ já se manifestou sobre o tema, ocasião em que entendeu não caber ao juiz, na esfera cível, a decretação desse tipo de prisão. Isso porque o caminho certo a ser seguido é oficiar o Ministério Público, para que este tome as providências cabíveis.¹³³

¹³³ STJ, MC 11.804/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T, j. 17/08/2006; STJ, RHC 35253/RJ rel. Min. Paulo de Tarso Sansaverino, 3ª T.

4. DA CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS

4.1 Conceito

Conforme exposto anteriormente, mesmo para os casos em que não é possível a obtenção da tutela específica pretendida pela parte autora, o caput do artigo 461 prevê medidas que o juiz poderá tomar que assegurem o resultado prático equivalente. E, em último caso, frustradas todas as medidas tomadas pelo juiz, há ainda a possibilidade da conversão da tutela específica em perdas e danos.

Obviamente que o que se pretende é a satisfação do pedido mediato da parte autora, ou seja, do bem da vida pretendido, sendo empregadas para tanto técnicas visando alcançar o pedido imediato, que é o cumprimento da obrigação.

A possibilidade de o juiz determinar a conversão da obrigação em perdas e danos de ofício está expressamente contida no § 1º do art. 461, caso reconheça, na motivação da sentença, que a tutela específica desejada pelo credor é impossível de ser cumprida.

Ainda, deve-se ressaltar que nada impede que o autor cumule pedidos sucessivamente (art. 289 do CPC), requerendo, em primeiro lugar, o cumprimento da tutela específica, ou, ainda, a conversão em perdas e danos, caso a obrigação pleiteada não seja cumprida.¹³⁴

Do ponto de vista material, a conversão em perdas e danos é regida pelos artigos 247 a 249 e 251 do CC.¹³⁵

¹³⁴ MACHADO, Costa. Código de Processo Civil interpretado e anotado. Barueri/SP, Editora Manole, 3ª edição, 2011, p. 854.

¹³⁵ <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>: “Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”

Dessa forma, nos caso em que torna-se impossível pelo devedor o cumprimento de obrigação infungível, ou seja, que a impossibilidade material afeta a sua pessoa, devemos observar a aplicação dos artigos provenientes do Código Civil.

Como já mencionado anteriormente, há previsão expressa no § 2º do art. 461 para a cumulação da indenização por perdas e danos com as astreintes fixadas anteriormente. Como bem observa Costa Machado, o motivo de tal disposição é *“preparar o terreno para a aplicação do § 4º, que permite ao juiz, de ofício – na medida liminar antecipatória ou na sentença -, impor multa diária ao réu se esta for compatível com a obrigação.”*¹³⁶

4.2 Conceito de perdas e danos

A responsabilidade civil pela indenização das perdas e danos é um dos efeitos do inadimplemento dos negócios jurídicos, seja ele – o descumprir – parcial ou integral.¹³⁷

O dever de reparar os danos sofridos decorre da aplicação do princípio da responsabilidade civil. Portanto, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode responder civilmente.

Como leciona Maria Helena Diniz, a responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹³⁸

No que se refere aos danos de ordem moral, são espécie dos danos extrapatrimoniais, e por serem de impossível reparação, já que é inviável na prática que a vítima retorne à mesma condição anterior ao evento danoso, a indenização possui um escopo meramente compensatório.

Ainda, é importante ressaltar que a ação que cause danos à vítima deverá ser ilícita, pois o ato lícito, ainda que traga danos, não é passível de gerar o dever de indenizar.

¹³⁶ MACHADO, Costa. Código de Processo Civil interpretado e anotado. Barueri/SP, Editora Manole, 3ª edição, 2011, p. 855.

¹³⁷ POPP, Carlyle. Execução da Obrigação de Fazer. Editora Juruá, 2001, p. 160.

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7. São Paulo, Editora Saraiva, 6ª Edição, 1992 p. 29.

Para que a responsabilidade civil ocorra, devem estar presentes os requisitos que a ensejam, quais sejam: ato ilícito (seja na modalidade omissiva ou comissiva), o dano, e o nexo causal entre ambos.

Os danos causados são reparados com o objetivo de fazer com que a vítima permaneça na mesma condição em que se encontrava antes do evento danoso. Os danos patrimoniais

Com relação ao nexo causal, é o elemento que liga a conduta ao resultado danoso, decorrendo daí, portanto, o dever de indenizar. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves *"um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar"*¹³⁹. Logo, não havendo nexo de causalidade, não há que se falar em dever de indenizar.

4.3 Pode o credor optar pelas perdas e danos ainda quando possível o cumprimento da obrigação?

Leciona Humberto Theodoro Júnior que:

[.]]] *"o credor tem o direito de exigir, por meio da tutela jurisdicional, a tutela específica, de maneira que o juiz não pode, em regra, forçá-lo a se satisfazer com a indenização em perdas e danos. A obrigação, como prevê o art. 461, § 1º, somente se converterá no equivalente econômico em duas hipóteses: a) quando o próprio credor, diante do inadimplemento, prefira pleitear a reparação dos prejuízos, em lugar do cumprimento in natura; b) quando a prestação específica, por sua natureza ou pelas circunstâncias do caso concreto, se torne impossível, o mesmo ocorrendo com a obtenção de um resultado prático equivalente."*¹⁴⁰

Ao analisar o entendimento manifestado pelo citado doutrinador, podemos concluir que, em caso de inadimplência do devedor em realizar a obrigação que lhe fora imposta, pode o credor requerer a conversão da obrigação em perdas e danos, ainda que seja possível o cumprimento da obrigação, ou a obtenção de resultado prático equivalente.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo, Editora Saraiva, 9ª edição, 2006, p. 536

¹⁴⁰ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 48ª edição, p. 28.

Para o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno, pode o credor optar pela prestação da obrigação, ou resultado pratico equivalente, ou optar pela conversão em perdas e danos, pela simples interpretação do art. 461, § 1º:

“O § 1º do art. 461 prevê a possibilidade de a específica obrigação de fazer ou de não fazer ser convertida em perdas e danos. Porque se tornou impossível seu cumprimento in natura, quando menos seu resultado práctico equivalente ou porque o exequente assim prefere. (...)

Segundo o § 1º do art. 461, o autor pode pleitear desde logo as perdas e danos. A hipótese salvaguarda a vontade do autor e indica que a obtenção da tutela específica ou do resultado práctico equivalente (mesmo quando possível) nem sempre é impositiva para o magistrado. É dado ao autor pedir as perdas e danos no lugar da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou cumular os pedidos nos moldes do art. 289 (cumulação eventual)...”¹⁴¹

Destarte, o entendimento doutrinário predominante é o de que cabe ao credor escolher se quer a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, no caso de inadimplemento.

Com opinião em sentido contrário, para o doutrinador Carreira Alvim, é questionável o poder absoluto do credor em optar pela conversão da obrigação em perdas e danos, quando para o devedor seja mais conveniente prestar a obrigação específica, de fazer ou não fazer, considerando a regra da execução segundo o princípio da menor onerosidade para o devedor.¹⁴²

No sentido da corrente doutrinária predominante, discorre Costa Machado:

“Observe-se, por fim, que ao credor também é lícito requerer as perdas e danos do § 1º, isoladamente, caso não deseje tentar ver cumprida especificamente a obrigação.”¹⁴³

Daniel Amorim Assunção Neves afirma ser possível a obrigação de fazer e não fazer ser convertida em prestação pecuniária quando essa for a vontade do

¹⁴¹ Bueno, Cassio Scarpinella, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Tutela Jurisdicional Executiva, pg. 473/475, Ed. Saraiva, São Paulo, 3ª edição

¹⁴² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tutela específica da obrigação de fazer, não fazer e entregar a coisa. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª edição, 2002, p. 78-79.

¹⁴³ MACHADO, Costa. Código de Processo Civil interpretado e anotado. Barueri/SP, Editora Manole, 3ª edição, 2011, p. 855.

exequente ou “pela impossibilidade material ou jurídica de obtenção da tutela específica.”¹⁴⁴

O doutrinador supra afirma que o ideal do legislador, com as reformas efetuadas na parte de execução do CPC, mais especificamente no seu art. 461, dá enfoque à vontade da parte exequente, dando maior autonomia ao magistrado para atingi-la. Afinal de contas, a entrega da tutela específica é o exemplo máximo da boa prestação jurisdicional.

No caso de o autor preferir a prestação pecuniária, mesmo quando a obtenção da tutela específica seja concretamente alcançável, Assunção Neves lembra que aquele estará abrindo mão da obtenção da melhor tutela jurisdicional possível a ser obtida naquele processo, e se contentando com uma satisfação subsidiária. Mas, por se tratar de direito disponível, entende que a mera vontade do exequente vincula o juiz, já que deve prevalecer a vontade da parte, citando o princípio da disponibilidade da execução, contida no art. 569, *caput*, do CPC.¹⁴⁵

O STJ já se manifestou nesse sentido, entendendo pela possibilidade de o autor optar pela conversão da obrigação em perdas e danos.¹⁴⁶

Em se tratando da conversão em perdas e danos por manifestação de vontade do exequente, basta uma mera petição informando o juízo para que a execução se inicie, com a fixação do valor à título de perdas e danos, por meio de liquidação de sentença incidental.

Interessante observar que, no caso da obrigação se tornar de impossível cumprimento ou de resultado prático equivalente, por fatos alheios à vontade do réu, qualquer das partes poderá requerer a conversão em perdas e danos. Havendo pedido de uma das partes, o juiz deverá observar o contraditório, e determinar a intimação da outra para se manifestar.

Por fim, a decisão que defere o pedido ou determina a conversão da obrigação em perdas e danos tem natureza interlocutória, e, dessa forma, pode ser atacada por meio do recurso de agravo de instrumento.

¹⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Editora Método, 4ª edição, 2012, p. 952.

¹⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Editora Método, 4ª edição, 2012, p. 953.

¹⁴⁶ STJ, REsp 598233 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 02/08/2005.

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho foram focalizados aspectos polêmicos das medidas coercitivas da execução das obrigações de fazer e não fazer infungíveis, e a importância da correta aplicação desses dispositivos pelo magistrado, para que seja possível a obtenção da tutela específica pretendida pela parte autora.

Com relação as medidas típicas previstas no art. 461 do CPC, não restam dúvidas de que a multa diária é o mais eficiente de tais mecanismos para a obtenção desse objetivo. Assim, ao aplica-la, deve o juiz atentar-se às peculiaridades de cada caso.

É certo também que a força coercitiva da multa por descumprimento deve ser valorizada, para se evitar que o réu bem instruído por seu advogado opte por não cumprir com a obrigação que lhe foi imposta. Isso implica em dizer que deve ser facultada à parte autora a sua execução provisória, em caso de inadimplemento, ficando o valor constricto depositado em conta judicial até o julgamento final da lide. Mas, para que a execução provisória das astreintes possa ocorrer, entendemos que seja necessária a sua devida liquidação por artigos, com a finalidade de dar certeza e liquidez ao título, além de proporcionar ao réu a possibilidade de se manifestar sobre o valor devido, observando, dessa forma, os princípios constitucionais oriundos do devido processo legal, como o do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, parece-nos acertada a posição jurisprudencial atual, sobre a ausência de limites para a fixação do valor da multa. Pois, caso contrário, nas hipóteses em que o devedor possua situação financeira vantajada, ou que o descumprimento da obrigação lhe seja a opção mais vantajosa, as astreintes não teriam como atingir sua finalidade.

Por fim, com relação à ordem de prisão, entendemos que o cerne da discussão reside na aplicação dos “direitos fundamentais” no direito brasileiro, ou seja, sobre a necessidade de conciliar a norma constitucional com os princípios, claramente opostos, que garantem, de um lado, a liberdade, e, de outro, a efetivação da jurisdição.

Em nosso sentir, a intenção do legislador é de que não deve haver prisão por dívida civil no ordenamento jurídico pátrio, sendo evidente que o termo “dívida” engloba todas as formas de inadimplência, tanto a obrigação de pagar quantia

quanto as demais obrigações civis. Além disso, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que veda a prisão civil, com exceção dos casos de dívidas de natureza alimentícia, que, com a aplicação do § 3º do art. 5º da CF, deve ser recebido com status constitucional.

De qualquer forma, em determinadas situações a comparação entre os direitos fundamentais envolvidos é inevitável. Ainda que se tenha, de um lado, o direito à liberdade, cujas últimas alterações em nosso ordenamento jurídico demonstram a tendência cada vez mais visível do legislador em somente admitir a prisão civil em casos oriundos de prestação alimentícia, de outro lado, temos o direito fundamental à vida, que é o mais importante de todos.

Assim, entendemos ser cabível a prisão civil em casos cujas peculiaridades concretas justifiquem tal medida, quando for a única forma possível para compelir o executado a cumprir a ordem judicial proferida, uma vez sopesados os direitos fundamentais envolvidos.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Editora RT, 15ª edição, 2012.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro – multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2ª edição, 2010.

ARENHART, Sergio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas, in Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo, Editora RT, 2008.

ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo, Editora RT, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. São Paulo, Editora. RT, 7ª edição.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de um dogmático constitucional transformadora*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. Editora Malheiros, 5ª edição.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, v. 3*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2010.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela específica da obrigação de fazer, não fazer e entregar a coisa*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª edição, 2002.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador, Editora JusPodium, 2ª edição, 2008.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil, v. 5*. Salvador, Editora JusPodium, 2009.

DINARMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*, 5ª edição. São Paulo, Editora Malheiros.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. São Paulo, Editora Saraiva, 6ª Edição, 1992.

FERVENZA CANTOÁRIO, Diego Martinez. *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa – coordenador Luiz Fux*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2ª tiragem, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 9ª edição, 2006.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo, Editora RT, 2009.

LOPES, Otávio Brito. *As obrigações de fazer e de não fazer in o novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale/ Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores*. São Paulo: Ltr, 2003.

MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. Barueri/SP, Editora Manole, 3ª edição, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. São Paulo, Editora RT, 9ª edição.

MARINONI, Luiz Guilherme, “*Controle do poder executivo do juiz*”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 3 : execução. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, arts. 461, CPC e 84 CDC. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 2ª ed. São Paulo, Editora RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*. São Paulo, Editora RT, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado – Com remissão e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo, Editora RT, 2ª edição.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno – Execução*. São Paulo, Editora RT, 2ª tiragem.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 9ª edição, 2001.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, São Paulo, Ed. RT, 6ª edição, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Editora Método, 4ª edição, 2012.

POPP, Carlyle. *Execução da Obrigação de Fazer*. Editora Juruá, 2001.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória – A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo, Editora RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84, v. 6*. Editora RT, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Rio de Janeiro, Editora Forense, 48ª edição.

VILANOVA, André Bragança Brant. *As Astreintes – Uma Análise Democrática de sua Aplicação no Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição rev. e ampl., 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução. Parte Geral*. São Paulo, Editora RT, 3ª edição, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v.2. São Paulo, Editora RT, 7ª edição.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa*. São Paulo, Revista do Processo, Editora RT, dezembro/2006, ano 31, n. 142.